

Die Durchsetzung von Ansprüchen aus synallagmatischen Verträgen nach zürcherischer Zivilprozessordnung

DISSERTATION

der RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT
der UNIVERSITÄT ZÜRICH

zur Erlangung der Würde eines
Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
GREGOR WIGET
von Kirchberg/SG

genehmigt auf Antrag der Herren
Prof. Dr. Hans Ulrich Walder
und
Prof. Dr. Max Keller

ADAG Administration & Druck AG

Zürich 1980

1981

Die Durchsetzung von Ansprüchen aus synallagmatischen Verträgen nach zürcherischer Zivilprozessordnung

DISSERTATION

der RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT
der UNIVERSITÄT ZÜRICH

zur Erlangung der Würde eines
Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
GREGOR WIGET
von Kirchberg/SG

genehmigt auf Antrag der Herren
Prof. Dr. Hans Ulrich Walder
und
Prof. Dr. Max Keller

ADAG Administration & Druck AG

Zürich 1980

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, 7. Mai 1980

Der Dekan
Prof. Dr. G. Hauser



INHALTSUEBERSICHT

Inhaltsverzeichnis
Literaturverzeichnis
Zeitschriften und
Entscheidsammlungen
Gesetzesverzeichnis
Abkürzungsverzeichnis

I N H A L T S V E R Z E I C H N I S

A MATERIELLRECHTLICHER TEIL

§ 1	DER ZWEISEITIGE VERTRAG	1
	I Genetisches und funktionelles Synallagma	2
	1. Das genetische Synallagma	2
	2. Das funktionelle Synallagma	3
	II Austauschtheorie (Larenz)	3
	III Die Bedingungslehre Blomeyers	5
	IV Eigene Meinung zum synallagmatischen Vertrag	6
	V Gegenseitigkeitsverhältnis	8
	VI Das Aequivalenzprinzip	8
	VII Die Arten von Gegenleistung	9
	IIIX Surrogatsleistungen	10
	IX Nebenrechte und Nebenleistungen	12

X Vorleistungspflicht	13
§ 2 DIE EINREDE DES NICHT ERFÜLLTEN VERTRAGES	14
I Einreden und Einwendungen	14
II Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages	17
1. Problemstellung	17
2. Rechtsgeschichtlicher Rückblick	17
3. Die Natur der Einrede des nicht erfüllten Vertrages	18
a) Auslegung des Gesetzes	19
aa) Grammatikalische Auslegung	19
bb) Systematisch-grammatikalische Auslegung	19
cc) Systematisch-logische Auslegung	20
dd) Teleologische Auslegung	21
b) Gegenseitiger Vertrag mit Vorleistungspflicht	22
c) Die Behandlung des gegenseitigen Vertrages ohne Vorleistungspflicht im Betreibungsverfahren bzw. im kantonalen Vollstreckungsverfahren	22
III Eigene Meinung zur Natur von Art. 82 OR	23
IV Exceptio non rite adimpleti contractus	24
V Die Zulässigkeit der Einrede des nicht erfüllten Vertrages	25
1. Allgemein	25
2. Erfüllung und Nichterfüllung	25
a) Mangel in der Person des Schuldners	26
b) Erfüllungsort für die Leistungen aus synallagmatischen Verträgen, insbesondere für Geldschulden	26
c) Mangel im Erfüllungsort	27
d) Mangel in der Zeit	28
e) Mangel in der Person des Gläubigers	28

f) Mangel in der geschuldeten Leistung	28
aa) Teilleistung	29
bb) Mit Sachmängeln behaftete Leistung	30
cc) Mit Rechtsmängeln behaftete Leistung	31
dd) Einrede aus Art. 82 OR, wenn eine andere Leistung als die vereinbarte Vertragsleistung angeboten bzw. geleistet worden ist	32
ee) Nachträgliche Unmöglichkeit	32

§ 3 SYNALLAGMATISCHE VERTRÄGE IN LEHRE UND RECHTSPRECHUNG 34

I Kaufvertrag und Tausch	34
1. Sukzessivlieferungsverträge	34
2. Abzahlungsvertrag	35
3. Vorauszahlungsvertrag	35
II Schenkung	35
III Miete und Pacht	35
IV Darlehen	36
V Arbeitsvertrag	37
VI Werkvertrag	37
VII Auftrag	38
IIIX Alleinvertretungsvertrag	38
IX Bürgschaft	38
X Gekoppelte Verträge	39
XI Zweiseitige familienrechtliche Verträge	39

§ 4 BESONDERE FRAGEN 41

I	Real- und Verbaloblation	41
II	Gläubigerverzug	41
III	Schuldnerverzug	48
IV	Zession	48
V	Schuldübernahme	49
VI	Schuldnersolidarität	49
VII	Gläubigersolidarität	49
IIIX	Verjährung der schuldnerischen Forderung	50
IX	Novation	50
 B <u>VERFAHRENSRECHTLICHER TEIL</u>		
§ 5	PROZESSUALE FRAGEN	51
I	Verhältnis von Bundesrecht und kantonalem Recht bezüglich der Anwendung von Art. 82 OR im ge- richtlichen Verfahren	51
II	Das Rechtsbegehren	52
III	Zuständigkeit	55
	1. Gerichtsstand	55
	2. Sachliche Zuständigkeit	55
	a) Streitwertberechnung	56
	b) Keine Streitwerterhöhung auf Grund der Einrede des nicht erfüllten Vertrages	57
IV	Die Geltendmachung und Berücksichtigung der Ein- rede des nicht erfüllten Vertrages im Prozess	58
	1. Erfordernisse des Prozessrechts	58

	a) Allgemeines	59
	b) Substantiierungspflicht	59
	2. Geltendmachung von Einreden	60
	a) Ausübung der Einrede	60
	b) Berücksichtigung der Einrede im Prozess	61
V	Beweislast	64
	1. Allgemein	64
	2. Im Besonderen: Beweislastprobleme bei der Einrede des nicht erfüllten Vertrages	68
	3. Das Vorliegen eines zweiseitigen Vertrages	69
VI	Säumnisverfahren	70
VII	Rechtskraftfragen	72
	1. Allgemein	72
	2. Grundsatz: Keine Erstreckung der Rechtskraft auf Entscheidungsgründe	74
	3. Meinung der Lehre: Objektive Rechtskraftgrenzen beim Urteil über eine Vertragsleistung aus gegenseitigem Vertrag	77
	4. Das Prinzip des Vernünftigen	79
	5. Die Anwendung der Rechtskrafterstreckung im Rahmen des Vernünftigen	81
	a) Probleme der sachlichen und funktionellen Zuständigkeit	84
	b) Folgerung für den synallagmatischen Vertrag	87
	6. Stellungnahme zu BGE 94 II 263 ff. und der Kritik von Kummer dazu	88
IIIX	Beschwer	88
IX	Gerichtskosten	91
X	Formalnatur des Urteils auf Leistung Zug um Zug	93
XI	Materiellrechtliche Stellung der Parteien nach der Urteilsfällung	95
	1. Rechtsbehelfe des Beklagten	97

§ 6	ZWANGSVOLLSTRECKUNG NACH SCHKG	99
I	Erteilung der definitiven Rechtsöffnung auf Grund eines Urteils auf Leistung Zug um Zug	99
1.	Allgemein	99
2.	Verunmöglicht das gegenwärtige Vollstreckungsverfahren nach SchKG ein Urteil auf Leistung Zug um Zug?	99
3.	Bildet das Urteil auf Leistung Zug um Zug einen Rechtsöffnungstitel?	101
a)	Definitiver Rechtsöffnungstitel: Generelle Erwägungen	101
b)	Das Urteil auf Leistung Zug um Zug als Rechtsöffnungstitel	103
aa)	Beweismittel und Beweisintensität für die erhobene Einrede des nicht erfüllten Vertrages	105
c)	Rechtsöffnungsentscheid	106
d)	Rechtsmittel	106
4.	Anerkennungsklage als Folge der Abweisung der definitiven Rechtsöffnung	106
5.	Die Gutheissung der Anerkennungsklage	108
a)	Voraussetzungen	108
b)	Notwendigkeit einer Klageabweisung zur Zeit?	108
II	Der synallagmatische Vertrag als provisorischer Rechtsöffnungstitel	110
1.	Allgemein	110
2.	Fälligkeit	111
3.	Vorbehalt- und Bedingungslosigkeit	112
4.	Die Abgrenzung der Schuldanerkennung von der Schuldverpflichtung	112
III	Wesen der Aberkennungsklage	114
1.	Allgemein	114
2.	Gerichtsstand für die Aberkennungsklage	116
3.	Das Rechtsbegehren im Aberkennungsprozess und die Urteilsgrundlagen	116
4.	Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages im Aberkennungsprozess	120
IV	Die Regelung im SchKG de lege ferenda	121

§ 7 KANTONALE ZWANGSVOLLSTRECKUNG	124
I Allgemein	124
II Rechtsnatur der durch Ersturteil umfangmässig festgestellten Gegenleistung des Klägers	124
III Bestehende Regelungen des Bundes und anderer Kantone	126
1. Bund	126
2. Kanton Bern	127
3. Kanton Freiburg	127
IV Kanton Zürich	127
V Verfahren	130
1. Bern	130
2. Zürich	130
a) Für den Befehlsrichter massgebender Zeit- punkt der Leistungserbringung oder des -angebots durch den Kläger	130
b) Befehlsverfahren zur Vollstreckung rechts- kräftiger gerichtlicher Entscheide gemäss § 222 Ziff. 1 ZPO	132
aa) Der Kläger hat die Gegenleistung be- reits erbracht	133
bb) Der Kläger hat bereits ein Realange- bot gemacht	133
cc) Verbaloblation	133
dd) Realoblation	134
c) Austausch von Sachleistungen	134
aa) Hinterlegung durch den Kläger	135
aaa) Hinterlegungsort	137
bb) Selbsthilfeverkauf	138
cc) Erfüllung durch Annahmeverweigerung seitens des Beklagten	139
dd) Einstweilige Verfügungen	139
d) Verschlechterung der Gegenleistung nach dem Erstverfahren	143

aa) Einrede des nicht erfüllten Vertrages	143
durch den Beklagten	
bb) Minderleistung des Klägers	143
c) Rechtsmittel	144

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

- Barth Barth, Hans Rudolf; Schadenersatz bei nachträglicher Unmöglichkeit der Erfüllung; Diss.; Zürich 1957
- Bartholomeyczik Bartholomeyczik, Horst; Äquivalenzprinzip, Waffengleichheit und Gegengewichtsprinzip in der modernen Rechtsentwicklung in AcP 1966 (166), S. 30 ff.
- Baur Baur, Fritz; Zur 'Beschwer' im Rechtsmittelverfahren des Zivilprozesses in Festschrift für Friedrich Lent, S. 1 ff.; C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Berlin 1957
- Becker Becker, H.; Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, I. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1 - 183; Verlag Stämpfli & Cie; Bern 1941
- Benöhr Benöhr, Hans-Peter; Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Rechts; Verlag Cram, de Gruyter & Co.; Diss. Hamburg 1965
- Beuthien Beuthien, Volker; Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis; Verlag J.C.B. Mohr; Tübingen 1969
- Biedermann Biedermann, Jakob; Die Hinterlegung als Erfüllungssurrogat; Diss.; Zürich 1944
- Bloch Bloch, Konrad; Verzug des Gläubigers bei Unterlassung von Vorbereitungsbehandlungen, die zur Verpflichtung des Schuldners vorgesehen und notwendig sind in SJZ 56 (1960), S. 7 ff.
- Blomeyer, Lb. Blomeyer, Arwed; Zivilprozessrecht, Vollstreckungsverfahren; Springer Verlag; Berlin/Heidelberg/New York 1975
- Blomeyer, Bedingungslehre - - ; Studien zur Bedingungslehre; Verlag Walter de Gruyter & Co.; Berlin und Leipzig 1939
- Blomeyer, Festschrift - - ; Zum Urteilsgegenstand im Leistungsprozess in: Festschrift für Friedrich Lent; München und Berlin 1957
- Blunck Blunck Detlev; Die Bezeichnung der Gegenleistung bei der Verurteilung zur Leistung

- Zug um Zug in: NJW 20 (1967), S. 1598 f.
- Brox Brox, Hans; Die objektiven Grenzen der materiellen Rechtskraft im Zivilprozess in JuS 1962, S. 121 ff.
- von Büren von Büren, Bruno; Schweizerisches Obligationenrecht
Band 1: Allgemeiner Teil; Schulthess Polygraphischer Verlag; Zürich 1964
Band 2: Besonderer Teil; Schulthess Polygraphischer Verlag; Zürich 1972
- Bydlinski Bydlinski, Franz; Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages in Dauerschuldverhältnissen in: Festschrift Artur Steinwenter, S. 140 ff.; Verlag Hermann Böhlaus Nachf.; Graz-Köln 1958
- Cavin Cavin, Pierre; Vente, échange, donation in: Traité de Droit privé suisse; Bd. VII, 1; Editions universitaires; Fribourg 1978
- Coing Coing, Helmut; Zum Begriff der Teilerfüllung in: SJ 1949, S. 532 ff.
- Engel Engel, Pierre; Traité des Obligations en Droit Suisse. Dispositions générales du CO; Ed. Ides et Calendes; Neuchâtel 1973
- Esser Esser, Josef; Schuldrecht, Band 1: Allgemeiner Teil; Verlag C.F. Müller; 4.A.; Karlsruhe 1970
- Favre Favre, Antoine (aus dem Französischen übersetzt von Dr. E. Steiner); Schuldbetreibungs- und Konkursrecht; Universitätsverlag; Freiburg/Schweiz 1956
- Fenkart Fenkart, Josef; Wesen und Ausübung der Gestaltungsrechte im schweizerischen Privatrecht; Diss.; Bern 1925
- Friedenthal Friedenthal, Felix; Einwendung und Einrede in der Zivilprozessordnung und dem bürgerlichen Gesetzbuch; Jena 1898
- Fritzsche Fritzsche, Hans; Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht; Verlag Schulthess & Co. AG; 2.A.; Zürich 1967/1968
- Furtner Furtner, Georg; Das Urteil im Zivilprozess; C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung; 3. A.; München 1974

- Gernhuber Gernhuber, Joachim; Synallagma und Zession in: Festschrift für Ludwig Raiser, S. 57 ff.; Verlag J.C.B. Mohr; Tübingen 1974
- Giger Giger, Hans; Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Band VI, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband: Kauf und Tausch - Die Schenkung (Art. 184 - 188 OR); Verlag Stämpfli & Cie AG; Bern 1973
- Götz Götz, Heinrich; Obliegenheiten und positive Forderungsverletzungen - BGHZ 11, 80 in JuS 1961, S. 56 ff.
- Greyerz Greyerz, Christoph von; Der Beweis negativer Tatsachen; Diss.; Bern 1963
- Grunsky Grunsky, Wolfgang; Rechtskraft von Entscheidungsgründen und Beschwer in ZZP 76, 165 ff.
- Guhl Guhl, Theo; (6. A. bearbeitet von Hans Merz und Max Kummer); Das schweizerische Obligationenrecht; Schulthess Polygraphischer Verlag; 6.A.; Zürich 1972
- Guldener, Lb. Guldener, Max; Schweizerisches Zivilprozessrecht; Schulthess & Co. AG; 3.A.; Zürich 1979
- Guldener, Beweislast - -; Beweiswürdigung und Beweislast nach schweizerischem Zivilprozessrecht; Schulthess & Co. AG; Zürich 1955
- Guldener, ZSR - -; Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozessrecht in ZSR (nF) 80 (1961) II, S. 1 ff.
- Hägi Hägi, Ernst; Die Beschwer als Rechtsmittelvoraussetzung im schweizerischen und im deutschen Zivilprozessrecht; Diss.; Zürich 1974
- Haubensak Haubensak, Urs; Die Zwangsvollstreckung nach der zürcherischen Zivilprozessordnung; Diss.; Zürich 1975
- Hellwig, Anspruch Hellwig, Konrad; Anspruch und Klagrecht; Scientia Verlag; Neudruck; Aalen 1967

- Hellwig, System - -; System des Deutschen Zivilprozessrechts; Deichertsche Verlagsbuchhandlung; 2 Bände; Leipzig 1912/1919
- Hess Hess, Fritz; Grundsätze der Streitwertberechnung nach zürcherischem und Bundeszivilprozessrecht; Diss.; Zürich 1939
- Hinderling Hinderling, Hans; Nochmals zur Basler Rechtsöffnungspraxis bei zweiseitigen Verträgen in: SJZ 45 255 f.
- Hüffer Hüffer, Uwe; Leistungsstörungen durch Gläubigerhandeln; Duncker & Humblot; Berlin 1976
- Hunziker Hunziker, Bruno; Die Rechtskraft der Urteile im Betreibungsrecht; Diss.; Basel 1954; (Maschinenschrift)
- HWS Rechtsvergleichendes Handwörterbuch in 6 Bänden insbes.: Blomeyer, Arwed, Schuldverhältnis in Band 6, S. 272 ff.; Verlag von Franz Bahlen; Berlin 1938
- Jaeger Jaeger, Carl; Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs; 3.A.; Verlag Orell Füssli; Zürich 1911
- Jahr Jahr, Günther; Die Einrede des bürgerlichen Rechts in: JuS 1964, S. 125 ff./218 ff./293 ff.
- Jooss Jooss, Gerhard; Gestaltungshindernisse und Gestaltungsgegenrechte; Diss.; München 1967
- Kaser Kaser, Max; Das römische Privatrecht; C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung; 2.A.; München 1971/1975; 2 Bände
- Kast Kast, Dietrich; Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages; Diss.; Heidelberg 1973
- Keller Keller, Max; Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im internationalen Privatrecht und in verwandten Rechtsgebieten. Eine systematische Auswertung; Schulthess Polygraphischer Verlag; Zürich 1976
- Kirn Kirn, Michael; Leistungspflichten im gegenseitigen Vertrag in: JZ 1969, S. 325 ff.
- Kummer, Klagerrecht Kummer, Max; Das Klagerecht und die materielle Rechtskraft im schweizerischen Recht; Verlag Stämpfli & Co. AG; Bern 1954

- Larenz, Methodenlehre --; Methodenlehre der Rechtswissenschaft; Springer Verlag; 2.A.; Berlin/Heidelberg/New York 1969
- Larenz, Vertrag - -; Vertrag und Unrecht; Hanseatische Vertragsanstalt; Hamburg
- Lemp Lemp, Paul; Schadenersatz wegen Nichterfüllung als Folge des Schuldnerverzuges; Diss.; Bern 1939
- Leonhard, Beweislast Leonhard, Franz; die Beweislast; Franz Bahlen Verlag; Berlin 1904
- Leonhard, Lb. - -; Allgemeines Schuldrecht des BGB; Duncker Humblot; München/Leipzig 1929
- Leuch Leuch, Georg; Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern; Verlag Stämpfli & Cie AG; 3.A.; Bern 1956
- Meier Meier, Isaak; Iura novit curia; Diss.; Zürich 1976
- Meier, Rechtsschutz - -; Der einstweilige Rechtsschutz; noch nicht erschienen
- Meincke Meincke, Jens Peter; Rechtsfolgen nachträglicher Unmöglichkeit der Leistung beim gegenseitigen Vertrag in: AcP 171, S. 19 ff.
- Meier-Hayoz Meier-Hayoz, Arthur; Das Vertrauensprinzip beim Vertragsschluss; Diss.; Zürich 1948
- Meylan Meylan, Philippe; Droit romain dans l'article 213, alinéa 1, CO? in: Recueil de travaux publié par la Faculté de Droit de Lausanne; 1958, S. 45 ff.
- Monier Monier, Raymond; Manuel élémentaire de droit romain; Neudruck der 6.A.; Aalen 1970
- Moser Moser, Hans; Die Kostenverteilung im luzernischen Zivilprozessrecht in: Festgabe des luzernischen Anwaltsverbandes zum schweizerischen Anwaltstag 9./10. Mai 1953 in Luzern, S. 134 f.
- Mothes Mothes, Rudolf; Die Beschlagnahme; Verlag von Veit & Comp.; Leipzig 1903
- Nikisch Nikisch, Arthur; Der Streitgegenstand im Zivilprozess; J.C.B. Mohr; Tübingen 1935

- Oftinger Oftinger, Karl; Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts; Schulthess Polygraphischer Verlag AG; 2.A.; Zürich 1973
- Oser/Schönenberger Oser, Hugo/Schönenberger, Wilhelm; Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht, 1. Halbband Art. 1 - 183; 2.A.; Schulthess & Co.; Zürich 1929
- Palandt Palandt Bürgerliches Gesetzbuch; 35.A.; Beck'sche Verlagsbuchhandlung; München 1976
- Panchaud/Caprez Panchaud, André/Caprez, Marcel; Die Rechtsöffnung; Polygraphischer Verlag AG; Zürich 1945
- Peters Peters, Egbert; Zur Rechtskraftlehre Zeuners in: ZJP 76, 229 ff.
- Pick Pick, Eckhart; Einwendungen bei dem gegenseitigen Vertrag nach Abtretung der Forderung in: AcP 172 (1972), 39 ff.
- Portmann Portmann, Paul; Die gerichtliche Hinterlegung; Diss.; Zürich 1913
- Rosenberg, Lb. Rosenberg, Leo/Schwab, Karl-Heinz; Zivilprozessrecht; 12.A.; C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung; München 1977
- Rosenberg, Beweislast Rosenberg, Leo; Die Beweislast; C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung; 5.A.; München und Berlin 1965
- Rossel Rossel, Virgile; Manuel du Droit fédéral des Obligations; Editeur Payot, Bd. 1, 4.A.; Lausanne/Genf 1920
- Rother Rother, Werner; Zur Zulässigkeit von Teilleistungen in NJW 65 (1965), 1749 ff.
- Schenker Schenker, Ernst; Erfüllungsbereitschaft und Erfüllungsangebot in: Jherings Jb 79 (1829/1830), S. 1 ff.
- Schmidt Schmidt, Daniel; Die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug und deren Vollstreckung; Diss.; Zürich 1963
- Schmidt-Rimpler Schmidt-Rimpler, Walter; Die Gegenseitigkeit bei einseitig bedingten Verträgen, insbesondere beim Versicherungsvertrag; Ferdinand Enke Verlag; Stuttgart 1968

- Schuller Schuller, Siegfried; Die Berechnung des Streitwertes; Diss.; Zürich 1974
- Schwarz Schwarz, Andreas B.; Andreas von Tuhr; Polygraphischer Verlag AG; Zürich
- Simonius Simonius, August; Ueber die Bedeutung des Vertrauensprinzips in der Vertragslehre in: Festgabe der Basler Juristenfakultät zum Schweizerischen Juristentag September 1942, S. 233 ff.; Helbing & Lichtenhahn; Basel 1942
- Soergel/Siebert Soergel, Hans Theodor/Siebert, Wolfgang; Bürgerliches Gesetzbuch; Bd. 2, 10.A.; 241 - 610; Verlag W. Kohlhammer; Stuttgart/Berlin 1967
- Staehelin, SJZ Staehelin, Adrian; Die materielle Rechtskraft des Rechtsöffnungsentscheides in: SJZ 64, S. 314 ff.
- Staehelin, Vertragsverletzung Staehelin, Bernhard; Die Vertragsverletzung im englischen und im schweizerischen Privatrecht; Helbing & Lichtenhahn; Basel 1954
- Stein/Jonas/Pohle Stein, F./Jonas, M./Pohle, R. und weitere Verfasser; Kommentar zur Zivilprozessordnung in 3 Bänden; Verlag J.C.B. Mohr; 19.A.; Tübingen 1972
- Sträuli/Messmer Sträuli, Hans/Messmer, Georg; Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung; Schulthess Polygraphischer Verlag AG; Zürich 1976
- Syz Syz, Alfred; Aberkennungsklage und Aberkennungsprozess gemäss Art. 83 Abs. 2 SchKG; Diss.; Zürich 1971
- Teubner Teubner, Günther; Gegenseitige Vertragsuntreue; Verlag J.C.B. Mohr; Tübingen 1975
- Trabucchi Trabucchi, Alberto; Istituzioni di diritto civile; Editore CEDAM; 20.A.; Padova 1974
- von Tuhr von Tuhr, Andreas; Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts; 2 Bände; Schulthess Polygraphischer Verlag AG; 1.A.; Zürich 1924

- von Tuhr/Siegwart von Tuhr, Peter/Siegwart, Alfred; Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts; 2 Bände; Schulthess Polygraphischer Verlag AG; 2.A.; Zürich 1942/1944
- von Tuhr/Peter/Escher --/Peter Hans/Escher, Arnold/Schulin, Hermann; Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts; 2 Bände; Schulthess Polygraphischer Verlag; 3.A.; Zürich 1975/1976/1979
Band 1 bearbeitet von Hans Peter und Hermann Schulin
Band 2 bearbeitet von Arnold Escher
- Walder, Lb. Walder, Hans Ulrich; Der neue Zürcher Zivilprozess; Schulthess Polygraphischer Verlag; 2.A.; Zürich 1979
- Walder Offizialmaxime - -; Die Offizialmaxime; Schulthess Polygraphischer Verlag; Zürich
- Walder, Tafeln - -; Tafeln zum Schuldbetreibungs- und Konkursrecht; Schulthess Polygraphischer Verlag; 2.A.; Zürich 1978
- Walder, Tafeln ZPR - -; Tafeln zum Zivilprozessrecht; Schulthess Polygraphischer Verlag; Zürich 1976
- Webel Webel, Wolfgang; Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages des § 320 Abs. 1 Satz 1 BGB und das Zurückbehaltungsrecht des § 273 Abs. 1 BGB; Diss.; Breslau 1933
- Wenger, Institutionen Wenger, Leopold; Institutionen des römischen Zivilprozessrechts; München 1925
- Wilde Wilde, Günther u.a.; Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar; Verlag Walter de Gruyter & Co.; 11.A.; Berlin 1960
- Zeiss Zeiss, Walter; Die arglistige Prozesspartei; Verlag Duncker & Humblot, Berlin 1967
- Zeuner Zeuner, Albrecht; Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge; J.C.B. Mohr; Tübingen 1959

ZEITSCHRIFTEN UND ENTSCHEIDSSAMMLUNGEN

AcP	Archiv für zivilistische Praxis; J.C.B. Mohr; Tübingen; 1. Jahrgang 1820
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts; Amtliche Sammlung; Imprimeries Réunies SA, Lausanne; 1. Jahrgang 1875
BlSchK	Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs; Buchdruckerei Stutz & Co.; Wädenswil; 1. Jahrgang 1937
Jherings Jb	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts; Verlag von Gustav Fischer; Jena; 1. Folge, 1. Jahrgang 1857; 2. Folge, 1. Jahrgang 1897
JuS	Juristische Schulung, Zeitschrift für Studium und Ausbildung; C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung; München und Frankfurt; 1. Jahrgang 1961
JZ (SJ)	Deutsche Rechts-Zeitschrift und Süddeutsche Juristen-Zeitung (SJ); J.C.B. Mohr; Tübingen; 1. Jahrgang 1955
NJW	Neue Juristische Wochenschrift; C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung; Frankfurt und München; 1. Jahrgang 1947/1948
SJK	Schweizerische Juristische Kartothek
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung; Schulthess Polygraphischer Verlag; Zürich; 1. Jahrgang 1904
ZbJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins; Stämpfli & Cie AG; Bern; 1. Jahrgang 1864
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung; Orell Füßli Graphische Betriebe AG; Zürich; 1. Jahrgang 1902
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht; Verlag Helbing & Lichtenhahn; Basel; 1. Jahrgang der neuen Folge 1882
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess; Carl Heymanns Verlag KG; Köln/Berlin/Bonn/München; 1. Jahrgang 1887

G E S E T Z E S V E R Z E I C H N I S

aZPO	Zürcherische Zivilprozessordnung vom 13. April 1913
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BZP (O)	Bundeszivilprozessordnung
BV	Bundesverfassung
DZPO	Deutsche Zivilprozessordnung
GVG	Zürcherisches Gerichtsverfassungsgesetz vom 13. Juni 1976
OR	Obligationenrecht
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZPO	Zürcherische Zivilprozessordnung vom 13. Juni 1976

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

A.	Auflage
a.A.	am Anfang
a.a.O.	am angeführten Ort
Abs.	Absatz
a.E.	am Ende
Allg.	Allgemein (e, er)
a.M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Bd.	Band
Bsp.	Beispiel
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heisst
d.n.e.V.	des nicht erfüllten Vertrages
dt.	deutsch (e, er)
E./Erw.	Erwägung
Einl.	Einleitung
etc.	et cetera
evtl.	eventuell
f./ff.	und folgende
form.	formell
gl.M.	gleicher Meinung
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
i.e.S.	im engeren Sinn
insbes.	insbesondere
IPR	Internationales Privatrecht
i.S.	im Sinne
i.w.S.	im weiteren Sinn
KS	Kreisschreiben
lat.	lateinisch

Lb.	Lehrbuch
lit.	litera
mat.	materiell
m.a.W.	mit anderen Worten
m.E.	meines Erachtens
N	Note
Nr.	Nummer
OGer	Obergericht
S.	Seite
s. (o./u.)	siehe (oben/unten)
u.a.	unter anderem
u.ä.	und ähnliche (s, er)
u.U.	unter Umständen
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung (en)
Z./Ziff.	Ziffer
z.B.	zum Beispiel
z.T.	zum Teil

E I N L E I T U N G

Die vorliegende Arbeit wurde angeregt durch den neuen § 304 Abs. 2 ZPO: "Macht der Entscheid die Pflichten einer Partei von einer Bedingung oder einer Gegenleistung abhängig, so wird im Befehlsverfahren entschieden, ob diese Voraussetzung der Vollstreckung erfüllt sei". Unter diese Bestimmung fallen insbesondere auch Entscheide zur Durchsetzung von Ansprüchen aus synallagmatischen Verträgen, wenn im Prozess die Einrede d.n.e.V. erhoben wird.

Im ersten Teil behandle ich materiellrechtliche Fragen bezüglich des Charakters der Austauschverträge, insbesondere bezüglich der Natur der Einrede d.n.e.V. (Art. 82 OR), und zeige, in welchen Fällen diese Einrede zulässig ist. Beendet wird der erste Teil durch ausgewählte Beispiele aus der Gerichtspraxis.

Der zweite Teil befasst sich mit verfahrensrechtlichen Fragen, die sich durch Ausübung der Einrede d.n.e.V. ergeben (Zuständigkeit, Rechtsbegehren, Beweislast, Beschwer). Zentrales Problem ist dabei der Umfang der objektiven Rechtskraftgrenzen bei einem Urteil auf Leistung Zug um Zug. In dieser Hinsicht wird versucht, nicht nur die bestehende, sondern insbesondere eine wünschenswerte Regelung darzulegen.

Im dritten Teil schliesslich nehme ich Stellung zu vollstreckungsrechtlichen Fragen nach SchKG und ZPO.

A. M A T E R I E L L R E C H T L I C H E R T E I L

§ 1 Der zweiseitige Vertrag

Zweiseitige Verträge sind Verträge, bei denen beide Kontrahenten zugleich Gläubiger und Schuldner sind. Man unterscheidet wesentlich zweiseitige und unwesentlich zweiseitige Verträge. Für die wesentlich zweiseitigen Verträge bestimmt Art. 82 OR, es sei mangels anderweitiger Vereinbarung so zu halten, dass derjenige, der seinen Vertragspartner zur Erfüllung anhalten wolle, entweder bereits erfüllt haben oder zumindest Erfüllung anbieten müsse.

Bei gewissen zweiseitigen Verträgen ist es nicht möglich, Erfüllung anzubieten oder zu erfüllen, ohne dass nicht die Gegenpartei entweder schon erfüllt hat oder noch gar nichts gemacht hat. Dies ist entweder bei den Dauer-schuldverhältnissen der Fall oder dort, wo die Vertragsleistungen nicht austauschmässig zueinanderstehen: Darlehen, Hinterlegungsvertrag, Auftrag, Arbeitsvertrag und Miete.

Arbeitsvertrag und Miete sind wesentlich zweiseitige Verträge, auf die Art. 82 OR Anwendung findet, Darlehen, Hinterlegungsvertrag und Auftrag sind hingegen unwesentlich zweiseitige Verträge, d.h. Verträge, bei denen die eine Leistung nicht als Entgelt für die andere Leistung gedacht ist. Auf sie findet Art. 82 OR keine Anwendung; die Leistungen lassen sich durch ein obligatorisches Retentionsrecht sichern.

Unter einem wesentlich zweiseitigen Vertrag ist ein Rechtsgeschäft zu verstehen, bei dem zwei Personen sich wechselseitig versprechen, gegenseitig Leistungen zu machen. Dabei wird die eine Leistung im Austausch zur andern Leistung hingegeben.

I. Genetisches, funktionelles Synallagma

Was das genetische und funktionelle Synallagma charakterisiert, ergibt sich schon aus den Worten: Synallagma, das altgriechische *συνάλλαγμα* bedeutet Austausch. Das genetische (*γένεσις*) Synallagma bezieht sich dabei auf den Vertragsschluss, das funktionelle (*functio*, lat.) Synallagma auf die Abwicklung des Vertrages.

1. Das genetische Synallagma

Das genetische Synallagma beschreibt den Vertragsschluss, d.h. es sagt über den Vertragsschluss aus, dass ein Austausch stattfindet, ein Austausch von Willensäußerungen: eine Willensäußerung wird gegen eine andere Willensäußerung abgegeben. Das OR drückt dies mit den Worten "übereinstimmende gegenseitige Willensäußerung" (Art. 1 Abs. 1 OR) aus, wobei an Stelle von 'übereinstimmend' 'korrespondierend' den Vorgang genauer charakterisieren würde.

Das genetische Synallagma beschreibt m.E. den Vertragsschluss nur rein tatsächlich, nicht rechtlich, es beschreibt, wie der Vertrag zustande kommt. Nicht aus dem genetischen Synallagma lässt sich bei Vorliegen gewisser Umstände (Art. 20 OR) die Nichtigkeit des Vertrages ableiten, d.h. das genetische Synallagma sagt über den Vertragsschluss nur positiv, nicht auch negativ etwas aus.

Ist eine der beiden Willensäußerungen auf einen unmöglichen, widerrechtlichen oder gegen die guten Sitten verstossenden Vertragsinhalt gerichtet, so bewirkt dies direkt die Nichtigkeit des Vertrages (Art. 20 OR), nicht aber die Nichtigkeit der korrespondierenden Willensäußerung. Deren Wirkungslosigkeit ergibt sich vielmehr aus der Nich-

tigkeit des Vertrages (1).

2. Das funktionelle Synallagma

Das funktionelle Synallagma beschreibt die Abwicklung bzw. die Wirkungen des Vertrages, aber auch wieder nur rein tatsächlich, nicht rechtlich (2): beide Leistungspflichtigen beeinflussen den Vertrag in gleicher Weise: die Vertragserfüllung durch die eine Seite kann erst gefordert werden, wenn auch die andere Seite den Willen bekundet, den Vertrag zu erfüllen (Art. 82 OR).

Wird die Leistung der einen Seite unverschuldet unmöglich, so erlischt dadurch auch die Forderung dieser Seite (Art. 119 Abs. 1 OR). Für die bereits empfangene Gegenleistung haftet der hienach freigewordene Schuldner aus ungerechtfertigter Bereicherung (Art. 119 Abs. 2 OR). Auch hier erfolgt dies m.E. nicht durch Beeinflussung der beiderseitigen Leistungen aufeinander, sondern die beidseitigen Verpflichtungen beeinflussen einzig den Vertrag: ist noch keine Leistung erfolgt, ist der Vertrag ungültig, keine der beiden Seiten kann aus ihm Rechte ableiten. Sind aber schon irgendwelche Leistungen gemacht worden, wird der Vertrag rückwärts abgewickelt: die schon empfangenen Leistungen sind zurückzugeben (3).

II. Austauschtheorie (Larenz) (4)

Nach Larenz führt die Tatsache, dass jede der beiden Vertragsparteien ihre Leistung nur um der Gegenleistung willen verspricht, seine "Leistung erkennbar nur machen" "will", sofern er gleichzeitig die Gegenleistung erhält" (do ut des) (5), dazu, dass die Verpflichtung nicht auf Leistung schlechthin geht, sondern auf "Leistung" 'zugunsten'

gegen Empfang der Gegenleistung" (6). Die Forderung jedes Vertragspartners ist in sich durch Erbringen seiner Leistung beschränkt. Dass diese Beschränkung erst auf Einrede hin Beachtung findet, ist rein prozesstechnisch motiviert.

Es entspreche also der 'Natur der Sache', dass keine Vertragspartei mehr verspreche, als Leistung gegen Gegenleistung Zug um Zug, auch wenn sich diese Subsumtion formallogisch als unzutreffend erweise (7).

Mir scheint jedoch auch, dass die Theorie des "einheitlichen Austauschanspruches" an der "Natur der Sache" vorbeigeht. Ein Austauschanspruch könnte nur entstehen, wenn keine Vorleistungspflicht vereinbart wäre. Damit könnten wir die gegenseitigen Verträge mit Vorleistungspflicht nicht mehr zu den reinen Austauschverträgen zählen, d.h. die Austauschverträge wären eine Unterart der gegenseitigen Verträge. Dies wiederum würde zu einer mehr oder weniger unbrauchbaren Verästelung der Vertragstypenlehre führen. Ausserdem ist Leistung das, was der Gläubiger verlangen darf und der Schuldner zu erbringen hat; - ein Verhalten des Schuldners, welches dem Gläubiger zugute kommen soll (8). Bei einem Festhalten am Austauschanspruch wäre Leistung nicht nur ein Verhalten des Schuldners, sondern gleichzeitig ein Verhalten des Gläubigers; wäre Leistung, was der Gläubiger verlangen darf und zu erbringen hat und was der Schuldner zu erbringen hat und verlangen darf.

Der Austauschanspruch würde denn auch zu einem völlig neuen Anspruchsbegriff führen, der nicht mehr klar umrissen wäre.

Nach Larenz müsste eigentlich der Schuldner eines

Austauschvertrages mit Verfalltag, wenn er vorzeitig leistet, ein Mehr leisten. Der Gläubiger erhielte dadurch kein Mehr.

Auch würde der Gläubiger, der Leistung verlangt, ohne selbst Leistung anzubieten, ein Mehr verlangen, ohne aber bei Erfüllung ein Mehr zu bekommen. Würde die Theorie vom einheitlichen Austauschanspruch stimmen, müsste auch ein einheitlicher Erfüllungsort gegeben sein. Wie etwa sollte aber gleichzeitig an verschiedenen Leistungsorten erfüllt werden können (9)?

III. Die Bedingungslehre Blomeyers (10)

Blomeyer sieht die Charakteristik der synallagmatischen Verträge darin, dass sich die beidseitigen Leistungen bedingen, die Verpflichtung der einen Vertragspartei durch die Verpflichtung der andern bedingt ist, so wie die Erfüllung der einen Seite durch die Erfüllung der andern Seite. Es handelt sich dabei um potestative Suspensivbedingungen (11).

Beim genetischen Synallagma sieht Blomeyer die Bedingung darin, dass die eine Seite ihr Leistungsversprechen nur unter der Bedingung macht, dass die Gegenseite ebenfalls ein gültiges Leistungsversprechen abgibt. Für die Richtigkeit seiner These verweist er dabei auf die Folgen anfänglicher Unmöglichkeit (12), beim funktionellen Synallagma auf die Folgen nachträglicher, unverschuldeter Unmöglichkeit (13). "Wird die Leistung unmöglich durch Verschulden des Gegners oder während seines Verzuges,..., so liegt die Lage ähnlich, wie.... wenn der andere Teil den Eintritt der Bedingung vereitelt. Die Bedingung gilt als eingetreten..." (14).

Die Theorie Blomeyers scheint auf den ersten Blick bestechend, doch haften ihr Mängel an: Solange eine Bedingung nicht eingetreten ist, sind Schuldnerverzug (15) und Verrechnung (16) nicht möglich; beides ist aber möglich beim gegenseitigen Vertrag, selbst wenn noch nicht geleistet wurde, die sog. Bedingung also noch nicht eingetreten ist. Weiter stört an der Bedingungslehre, dass zur Entstehung der Ansprüche der Wille der Parteien gehört, den Vertrag zu erfüllen. Geltungsgrund ist also gar nicht der Vertragsschluss, sondern dieses fortgesetzte gemeinsame Wollen (17).

Gegen die Bedingungslehre spricht überdies, dass die Leistungspflichten jeweils sowohl als Ansprüche wie auch als Bedingungen auftreten. "Geht der Gläubiger gegen den Schuldner vor, so ist die Gegenleistung als Bedingung vereinbart, also als zukünftiges, ungewisses Ereignis, das zudem im Belieben des Gläubigers steht. Macht dagegen umgekehrt der Schuldner seinen Gegenanspruch geltend, so ist dessen Erfüllung keineswegs mehr dem Belieben des Gläubigers, sondern vielmehr striktem rechtlichem Sollen unterworfen". (18).

Abschliessend zur Bedingungslehre lässt sich sagen, dass sich die Leistungen im synallagmatischen Vertrag zweifelloos in einer gewissen Weise bedingen, wobei allerdings nicht von Bedingungen im technischen Sinn gesprochen werden kann. Es ist deshalb m.E. müssig, mit dem Begriff der Bedingung zu arbeiten. Unser OR kennt den Begriff der (technischen) Bedingung (19), einen ähnlichen juristischen Bedingungs-begriff kennen wir nicht, ebenso auch nicht die Begriffe "Voraussetzung" oder "Abhängigkeit" (20).

IV. Eigene Meinung zum synallagmatischen Vertrag

Den gegenseitigen Vertrag als Austauschvertrag zu

bezeichnen,' scheint mir nur insofern richtig zu sein, als die Beziehungen der Leistungen in ihrem Verhältnis zueinander betrachtet werden, nicht die Ansprüche. Die Leistungen stehen derart zueinander, dass die eine Leistung das Entgelt für die andere Leistung ist und umgekehrt. Die Leistungsversprechen beim Vertragsschluss bedingen einander zwar zweifellos, aber das ist nicht eine Charakterisierung der synallagmatischen Verträge, sondern vielmehr Charakterisierung des Vertragsschlusses allgemein, ganz gleich, ob es sich um einen wesentlich oder unwesentlich zweiseitigen Vertrag handelt. Den Austauschanspruch lehne ich grundsätzlich wegen seiner Unvereinbarkeit mit dem in der herrschenden Lehre geltenden Anspruchsbegriff ab.

Dass der auf Leistung geforderte Schuldner dem Gläubiger die Leistung verweigern darf, solange er selbst nicht befriedigt worden ist, scheint mir viel eher unmittelbar eine Folge von Treu und Glauben zu sein: Bei der Vertragsabwicklung darf keine Vertragspartei eine Vorzugsbehandlung erfahren, ausser es sei dies schon vertraglich vereinbart worden (21). Die Zug-um-Zug-Abwicklung der wesentlich zweiseitigen Verträge entspricht daher dem Gedanken des Verbots der Ungleichbehandlung.

Der Vertragsschluss selbst ist nicht gekennzeichnet durch Abgeben nur bedingter Willensäusserungen. Nach schweizerischer Lehre ist der Vertragsschluss vom Vertrauensprinzip beherrscht (22). Das hat Bedeutung nicht nur für die Auslegung von Willensäusserungen (23), sondern auch für die Abgabe von Willensäusserungen. Die Willensäusserungen erfolgen nicht bedingt und vorbehältlich von gültigen, korrespondierenden Willensäusserungen, sondern sie werden im Vertrauen darauf abgegeben, dass auch die Gegenpartei eine gültige Willensäusserung abgibt. Ist

eine der beiden Leistungen schon bei Vertragsschluss unmöglich, so ist gemäss Art. 20 OR der Vertrag nichtig. Hier ist die Bedingungstheorie deshalb nicht anwendbar, weil der Vertrag nicht auf Grund der unmöglichen Gegenleistung nichtig ist, sondern weil dies eine gesetzliche Folge ist (24).

Gleiches wie für den Vertragsschluss gilt auch für die Vertragsabwicklung bis zur Erfüllung: sie basiert auf dem Vertrauensprinzip. Es braucht deshalb für die Erfüllung auf jeden Fall nicht des neuen Begriffs eines Austauschanspruches.

Wenn ich in der Folge im Rahmen des synallagmatischen Vertrages Einfachheitshalber dennoch von Bedingungen bzw. bedingten Leistungen spreche, so meine ich dies im eben beschriebenen Sinn.

V. Gegenseitigkeitsverhältnis

Bei der Abwicklung des Vertrages kann sich die Frage stellen, welche Leistungen zueinander überhaupt im Gegenseitigkeitsverhältnis stehen bzw. welche Leistung gegenüber welcher Leistung verweigert werden darf. Der Umfang der beiderseitigen im Austausch stehenden Leistungen bestimmt u.a. die Zulässigkeit der Einrede (25) des nicht erfüllten Vertrages.

VI. Das Äquivalenzverhältnis

Ein Grundprinzip unserer Privatrechtsordnung ist die Privatautonomie. Aus ihr leitet sich die Vertragsfreiheit her (26), die u.a. die Freiheiten erfasst, einen Vertrag einzugehen oder nicht, die Gegenpartei frei zu wählen und den Inhalt des Vertrages frei zu gestalten (27).

Daraus ergibt sich, dass eine objektive Aequivalenz nicht möglich (28) und nicht wünschenswert wäre, sondern höchstens eine subjektive Aequivalenz. Subjektive Aequivalenz der Leistungen bedeutet, dass für jede der Vertragsparteien die Gegenleistung wertmässig der eigenen Leistung entspricht. Aber nicht einmal hier muss eine Aequivalenz gegeben sein (29), ausser man gehe davon aus, dass willentliches Einverständnis immer zu subjektiver Wertgleichheit führe; im Gegenteil: oft stehen die beiden Leistungen in einem Missverhältnis zueinander, was sich meist damit erklären lässt, dass eine Partei zum Vertragsschluss faktisch gezwungen wird. Erst wenn auf keiner der beiden Seiten die Notwendigkeit besteht, einen Vertrag zu schliessen oder umgekehrt für beide Seiten eine äquivalente Notwendigkeit zum Vertragsschluss besteht, ist Gewähr dafür geboten, dass auch im Rahmen der Privatautonomie und Vertragsfreiheit eine subjektive Aequivalenz gegeben ist (30).

VII. Die Arten von Gegenleistungen

Die Vertragsleistung kann in einem Tun, Dulden oder Unterlassen bestehen, wobei das Dulden eine Unterart des Unterlassens ist (31).

Unterlassungen als Hauptleistungen des Vertrages sind gesetzlich nicht festgehalten, sondern erscheinen höchstens als Nebenleistungspflichten, wie z.B. das Konkurrenzverbot beim Arbeits- (32) und anderen Verträgen. Unterlassungen sind aber auch bei allen anderen Verträgen Nebenleistungspflichten, indem der Schuldner alles zu unterlassen hat, was die Vertragsabwicklung gefährden könnte. Diese Art von Unterlassungen behandle ich in einem späteren Abschnitt (33).

Die Unterlassung als Hauptleistungspflicht eines synallagmatischen Vertrages ist durchaus denkbar in einem contractus sui generis. Zu denken ist an Verträge, worin sich die eine Partei verpflichtet, etwas nicht zu erwerben oder nicht zu veräußern und der Vertragspartner sich im Austausch dafür auch irgendwie verpflichtet (34). Oder ein Vertragspartner verpflichtet sich gegen Gegenleistung, ein Grundstück nicht zu bebauen.

Gleich wie als Hauptleistung im synallagmatischen Verhältnis ein Unterlassen stehen kann, kann es auch ein Dulden sein. Beim Einräumen von Wegrechten u.ä. besteht die eine Hauptpflicht im Dulden: die Wegbenützung durch Dritte zu dulden.

Leistungen, die in einem Dulden oder Unterlassen bestehen, sind immer Dauerleistungen und analog zu behandeln wie Verpflichtungen aus andern Dauerschuldverhältnissen, wie z.B. bei der Miete, Pacht, Arbeitsverträgen u.ä.

IIX. Surrogatsleistungen

Surrogatsleistungen (35) treten an Stelle der geschuldeten Leistung, wenn die versprochene Leistung nicht erbracht wird. Das kann verschiedene Gründe haben: sei es, dass es dem Schuldner unmöglich geworden ist, die Leistung zu erbringen, sei es, dass er freiwillig die versprochene Leistung nicht erbringen will.

Surrogate i.e.S. sind Hingabe an Erfüllungsstatt und Hingabe erfüllungshalber. Als Surrogat i.w.S. kann man auch die vertraglichen Schadenersatzleistungen betrachten.

Bei synallagmatischen Verträgen stellt sich

die Frage, ob Surrogate mit der ursprünglich geschuldeten Leistung gleichgesetzt werden bzw. mit der Gegenleistung in dasselbe Gegenseitigkeitsverhältnis treten wie die ursprüngliche Leistung. Die Frage ist insbesondere schon deshalb nicht eindeutig zu beantworten, weil der Schuldner kein Recht hat, mit einer andern Leistung als der durch Vertrag vereinbarten zu erfüllen. Bietet der Schuldner dem Gläubiger eine nicht vereinbarte Leistung an, so ist das rechtlich einer Offerte gleichzustellen. Nimmt der Gläubiger die Leistung an, so ist dies Akzept der Offerte (36). Diese Uebereinkunft erfolgt mehr oder weniger losgelöst vom ursprünglichen Vertragsschluss. Das bedeutet, dass die ursprüngliche Leistung des einen Vertragskontrahenten mit der neu vereinbarten Leistung des andern Vertragskontrahenten sicher nicht mehr genetisch synallagmatisch verknüpft ist.

Andererseits ergibt sich schon aus den Worten Surrogat und Hingabe an Erfüllungsstatt, dass die neue Leistung rechtlich in der genau gleichen Stellung ist wie die ursprüngliche Leistung. Es ist dies auch wünschenswert, denn wenn sich der Gläubiger schon mit einer unerwarteten Leistung zufrieden gibt, so soll ihm dadurch nicht auch das Gegenseitigkeitsverhältnis entzogen werden.

Nicht anders als die Surrogate i.e.S. sind die vertraglichen Schadenersatzleistungen zu behandeln. Sie treten an Stelle der ursprünglich geschuldeten und nachträglich verschuldet unmöglich gewordenen Leistungen. Sie treten deshalb ebenfalls mit der Gegenleistung in das Austauschverhältnis.

Dass die Surrogate in das Austauschverhältnis treten, lässt sich weiter damit begründen, dass durch den

Vertragsschluss zwei Forderungen in ein Gegenseitigkeitsverhältnis zueinander treten. Dadurch nun, dass eine der ursprünglichen Leistungen durch ein Surrogat ersetzt wird, verändern sich die ursprünglichen Forderungen nicht, sondern nur deren Inhalte (37).

IX. Nebenrechte und Nebenleistungen

Zu den Forderungen hinzutreten können Nebenrechte oder sog. akzessorische Rechte wie Bürgschaften, Pfandrechte, Retentionsrechte und Zinsen. Sie haben ihr eigenes rechtliches Schicksal, also auch eigene Untergangsgründe. Akzessorisch sind diese Rechte deshalb, weil ihr Bestand vom Bestand einer Hauptforderung abhängig ist. Ebenso entstehen sie auch nicht mit der Hauptforderung, sondern haben ihre eigenen Entstehungsgründe. So können sie zur Leistung des Gläubigers nicht in einem Gegenseitigkeitsverhältnis stehen (38).

Nebenleistung kann eine zweifache Bedeutung haben: einerseits kann es als Korrelat zu den Nebenpflichten verstanden werden, andererseits als minimale Teilleistungen der Hauptleistung.

Nebenpflichten sind z.B.: Obhuts- und Schutz-, Mitteilungs-, Verschaffungs- und Mitwirkungspflichten (39). Sie sind ebenfalls nicht synallagmatisch verknüpft mit der Gegenleistung. Verletzung derartiger Nebenleistungspflichten kann Ausgangspunkt für eine klageweise Geltendmachung der Forderung sein, insbesondere zum Erlass einstweiliger Verfügungen Anlass geben. Sie kann auch, wenn dadurch die Leistung ganz oder teilweise verunmöglicht wird, zu Schadenersatz führen, allerdings nicht primär wegen der Verletzung dieser Leistungspflichten, sondern weil dadurch die Hauptleistung geschmälert

oder gar nicht mehr erbracht werden kann.

Dass Nebenleistungen i.S. von Teilleistungen mit der Leistung des Vertragspartners im Austauschverhältnis stehen, ist klar und braucht keine weiteren Erklärungen. Eine andere Frage ist, inwieweit die Nichterbringung einer solchen Teilleistung zur Leistungsverweigerung der Gegenpartei im Rahmen von Art. 82 OR berechtigt. Darauf gehe ich später ein (40).

X. Vorleistungspflicht

Der Austauschcharakter eines Vertrages besagt zeitlich an und für sich nichts über die Leistungen, sondern nur, dass die eine Leistung für die andere Leistung geschuldet ist und umgekehrt. Daran kann demzufolge nichts ändern, wenn die eine Leistung zeitlich vor der Gegenleistung erbracht werden muss. Der gleichzeitige Leistungsaustausch ist eine Folge und ein Teilaspekt des funktionellen Synallagmas (41). Durch Wegfall der gleichzeitigen Vertragserfüllung bleibt das funktionelle Synallagma dennoch weiterhin bestehen.

§ 2 Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages

I. Einreden und Einwendungen

1. Allgemein

Vor allem notwendig zur Bestimmung der Natur der Einrede des nicht erfüllten Vertrages ist es, den Begriff der Einrede von demjenigen der Einwendung zu unterscheiden wie auch den materiellrechtlichen Einredebegriff vom verfahrensrechtlichen Einredebegriff zu trennen.

Einreden im materiellrechtlichen Sinn sind subjektive Rechte (1). Sie geben dem Berechtigten die Befugnis (2), die geschuldete Leistung zu verweigern (3), ohne dass dadurch der Anspruch des Einredegegners zerstört wird (4), d.h. durch die Einredeerhebung wird nicht der Bestand des Angriffsrechts, sondern nur dessen Inhalt verändert (5), wobei sich die inhaltliche Veränderung im Zeitmoment ausdrückt. Durch das Zeitmoment unterscheiden sich denn auch die Einreden untereinander: peremptorische Einreden berechtigen zu dauernder Leistungsverweigerung, dilatorische Einreden hingegen geben die Befugnis, die Leistung nur vorübergehend zu verweigern.

Nach dem Umfang der Leistungsverweigerung können die Einreden unterschieden werden, je nach dem, wieviel der geschuldeten Leistung verweigert werden darf: die Einrede der Wandelung (Art. 205 ff. OR) berechtigt zur völligen Leistungsverweigerung, die Einrede der Minderung (Art. 205 ff. OR) zu einer begrenzten Leistungsverweigerung. Unglücklich scheint mir, wenn diese Differenzierungen dadurch ausgedrückt werden, dass man Voll- und Teileinreden unterscheidet (6).

Einreden werden weiter nach ihrer rechtlichen Grundlage abgegrenzt. Unselbständige Einreden setzen ein anderes Recht voraus bzw. sind in ihrem Bestand von einem andern Recht abhängig. Sie gehen mit dem Wegfall dieses Rechts ebenfalls unter. Ihre Wirkung ist rein defensiver Natur; sie bestehen nur zum Schutz des Rechts, von dem sie abhängig sind (7). Als Beispiele sind auch hier wieder die Einreden der Minderung und der Wandelung zu nennen. Selbständige Einreden hingegen setzen nicht ein Recht voraus, von dem sie abhängig sind. Sie üben demnach auch nicht eine Schutzwirkung aus, sondern geben nur die Befugnis zur Leistungsverweigerung.

Tatbestandslose Einreden sind Einreden, bei denen die Erklärung der Leistungsverweigerung genügt, ohne dass der Leistungsverweigernde darüber hinaus noch nachweisen muss, dass er die Einrede zu Recht erhoben hat. Im Gegenteil trägt in diesen Fällen der Einredegegner die Beweislast für die Unzulässigkeit der Einrede (8).

Einig ist man sich inzwischen darüber, dass die Einreden keine Gestaltungsrechte sind, auch wenn sie diesen zum Teil sehr nahe stehen, wie gerade die peremptorischen Einreden und die aufhebenden Gestaltungsrechte sehr eng nebeneinander stehen: hier liegt der hauptsächliche Unterschied darin, dass das aufhebende Gestaltungsrecht das klägerische Recht zerstört, die peremptorische Einrede den Anspruch jedoch nur hemmt.

Gegen die Natur als Gestaltungsrecht spricht bei der Einrede insbesondere das Dogma der Unwiderruflichkeit des Gestaltungsaktes (9): die Einrede kann widerrufen werden, sofern sie im Prozess erhoben worden ist (10), aber auch, wenn sie vorprozessual schon vorge-

bracht wurde (11).

Die Geltendmachung der Einrede erfolgt wie bei den Gestaltungsrechten auch durch Willenserklärung (12).

Einwendungen sind im Gegensatz zu Einreden keine Rechte, sondern Vorbringen von Tatsachen, die entweder das Entstandensein von behaupteten Rechten leugnen oder deren nachträgliches Erlöschen geltend machen.

Keinen Unterschied zwischen Einreden und Einwendungen macht das Prozessrecht, das nur den Begriff der Einrede kennt. Allerdings ist der Begriff der Einrede in der ZPO noch weiter zu fassen, indem zu den Einreden und Einwendungen aus materiellem Recht auch die Einreden aus prozessualen Gründen hinzutreten. Rein prozessuale Einreden meint die ZPO in den §§ 12 Abs. 2, 107 Ziff. 2 und 111. Materiellrechtliche Einreden und Einwendungen sowie auch prozessuale Einreden meint die ZPO in den §§ 114 und 115 Ziff. 2.

Der Einredsbegriff der §§ 114 und 115 Ziff. 2 ZPO muss etwa so umschrieben werden: Einreden sind alle Tatsachenbehauptungen des Beklagten, die entweder den Klagegrund leugnen oder den Klagegrund unberührt lassen, aber doch zur Klageabweisung führen (13) oder anders ausgedrückt: Einreden sind alle jene Tatsachenbehauptungen des Beklagten, die die Abweisung der Klage herbeiführen, ganz gleich, ob der Klagegrund an und für sich zu Recht besteht oder nicht (14) (15).

Keine Einreden in diesem eben beschriebenen Sinn sind die Bestreitungen: die Einreden sind Tatsachenbehauptungen, wogegen Bestreitungen nur Negierungen von Tatsachenbehauptungen und nicht eigene Tatsachenbehauptungen darstellen.

II. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages

1. Problemstellung

Nach einem kurzen rechtsgeschichtlichen Rückblick wird im folgenden Abschnitt zu untersuchen sein, ob die Einrede d.n.e.V. eine Einrede oder Einwendung im materiellrechtlichen Sinn sei, falls Einwendung, weshalb sie Einrede genannt wird.

2. Rechtsgeschichtlicher Rückblick

Dass die exceptio non adimpleti contractus im römischen Recht als solche nicht existierte, ist nachgewiesen (16). In der klassischen römischen Zeit musste der Käufer schon geleistet haben, wenn er gegen den Verkäufer auf Leistung klagen wollte (17). Gegen seine Klage, wenn er noch nicht geleistet hatte, war die exceptio doli gegeben. Das allerdings bestreitet Leonhard mit der These, dass eine exceptio doli auf Grund des Klagezusatzes 'ex bona fide' nicht gegeben war (18). D.h. der Richter hatte von Amtes wegen nachzuprüfen, ob der Kläger seine eigene Leistung schon erbracht hatte oder nicht.

Die kanonistische Lehre entwickelte dann zwei Grundsätze (19): vorerst von der Seite der Sanktionen her: 'fidem frangenti fides frangitur'. Später setzte sich die Anschauung durch, dass der Parteiwille einer Reihe von Bedingungen unterworfen war, wie z.B.: si fides servetur.

Glossatoren und Postglossatoren konnten die kanonischen Lehren nicht voll verwerten. Bartolus schliesslich gelangte mittels verschiedener Quellenstellen zu einem allgemeinen Grundsatz: exceptio non adimpleti contractus (20).

Aus der Literatur scheint mir augenfällig hervorzugehen, dass von einer exceptio eigentlich nur als Verteidigungsmittel im Prozess gesprochen wird, sobald auf Leistung geklagt ist. Nirgends geht klar hervor, um was für ein Verteidigungsmittel es sich handelt, insbesondere nicht, ob es sich um eine materiellrechtliche Einrede im heutigen Sinn handelt. Dies mag ein Grund dafür sein, dass sich die Rechtshistoriker nicht darüber einigen können, wie die exceptio non adimpleti contractus aufzufassen sei.

3. Die Natur der Einrede des nicht erfüllten Vertrages

Wenn die Einrede d.n.e.V. eine Einrede im materiellrechtlichen Sinn ist, muss sie vom Beklagten geltend gemacht werden, damit nicht ein vorbehaltloses Leistungsurteil gegen ihn ausgefällt werden kann. Handelt es sich jedoch nicht um eine Einrede, so ist die Erfüllung des Klägers Voraussetzung für ein gutheissendes Leistungsurteil und muss von ihm als Klagevoraussetzung vorgebracht werden.

Wer der Theorie des einheitlichen Austauschanspruches folgt, muss die Einredenatur von Art. 82 OR verneinen. Es wäre widersprüchlich, würde man einerseits den Austauschanspruch bejahen und andererseits verlangen, dass dieser nur mittels Einrede geltend gemacht werden könnte. Wer behauptet, die Einrede d.n.e.V. sei keine technische Einrede, muss den juristischen Tatbestand der "Einrede" zum Klagegrund rechnen (21). Die herrschende Lehre rechnet jedoch auch heute noch die Einrede aus Art. 82 OR zu den technischen Einreden und somit zu den Einreden, die der Richter nicht von Amtes wegen zu überprüfen hat (22).

a) Auslegung des Gesetzes

aa) Grammatikalische Auslegung

Art. 82 OR macht negativ: keine Aussage über den Beklagten/Schuldner, positiv: eine Aussage über den Kläger/Gläubiger. Schon daraus, dass dem Kläger/Gläubiger durch den Text eine Tätigkeit vorgeschrieben wird, scheint hervorzugehen, dass Art. 82 OR nicht auf Grund einer Tätigkeit des Beklagten/Schuldners zur Anwendung kommt (23). Aus der Tatsache, dass Art. 82 OR positiv eine Tätigkeit des Klägers/Gläubigers vorschreibt, muss eher geschlossen werden, dass es negativ eine Tätigkeit des Beklagten/Schuldners (24) als dass es positiv eine Tätigkeit desselben vorschreibt.

Die gesetzliche Formulierung heisst den Gläubiger unmissverständlich, seine Leistung vorerst zu erbringen oder mindestens zu anerbieten, bevor er auf Erfüllung klagt (25). Aus der grammatikalischen Auslegung würde sich damit ergeben, dass die 'Einrede' keine Einrede im technischen Sinn ist.

bb) Systematisch-grammatikalische Auslegung

Dass der Beklagte/Schuldner das Recht hat, seine Leistung zurückzubehalten, ergibt sich aus Art. 83 OR. Ihm steht die Einrede (im technischen Sinn) der (massiven) Vermögensverschlechterung zu.

Es scheint mir nun etwas absonderlich, wenn zwei gleichartige Gesetzesbestimmungen nebeneinanderstehen; beim Einen kommt grammatikalisch klar zum Ausdruck, dass eine Einrede im technischen Sinn gemeint ist, beim Andern kommt ebensoklar zum Ausdruck, dass eine Einrede im technischen Sinn nicht gemeint ist. Diese Divergenz

liesse sich dadurch erklären, dass der Gesetzgeber durch zwei klare, verschiedenartige Formulierungen der Lehre in der Beurteilung dieser 'Einrede' nicht vorgreifen wollte bzw. konnte. Es lässt sich deshalb m.E. aus einer systematischgrammatikalischen Gesetzesauslegung im Hinblick auf die Natur der 'Einrede' aus Art. 82 OR nichts herleiten.

cc) Systematische Auslegung

Richtig erfüllt wird nur, wenn die richtige Person an die richtige Person zur richtigen Zeit am richtigen Ort das Geschuldete leistet.

Wie, wo und wann geleistet werden muss, bestimmt das Gesetz.

Art. 82 OR steht im Abschnitt über die Erfüllungszeit (26), d.h. er gibt an, wann der Schuldner leisten muss und der Gläubiger verlangen darf: erst wenn der Anspruch fällig wird. Nur eine fällige Forderung ist auch durchsetzbar. Die Fälligkeit gehört bei den Leistungsklagen zweifellos zu den Klagevoraussetzungen, d.h. der Schuldner muss die mangelnde Fälligkeit nicht mittels Einrede geltend machen.

Wollte man nun behaupten, die Eigenleistung des Klägers gehöre zum Klagegrund, so würde man den Unterschied zur Fälligkeit nur noch darin sehen können, dass die Fälligkeit Oberbegriff wäre, einerseits rein zeitlich und andererseits sachlich in dem Sinne, dass mangelnde Eigenleistung die Fälligkeit der Schuldnerleistung verwehrt (27). Fällig ist eine Forderung aber auch dann, wenn der Beklagte die 'Einrede' erhoben hat, nur ist sie dann 'bedingt' durch die Eigenleistung des Klägers.

Aus der Systematik des Gesetzes lässt sich deshalb wenig herleiten für den Charakter dieser 'Einrede', da sie mit der Erfüllungszeit an sich nichts zu tun hat. Dass der Gesetzgeber Art. 82 dennoch im Abschnitt über die Erfüllungszeit belassen hat, kann m.E. damit erklärt werden, dass systematisch kein geeigneterer Ort gefunden werden kann; der Grundsatz, dass der Gläubiger zu einer bestimmten Zeit fordern darf und der Schuldner leisten muss, erleidet durch die Einrede d.n.e.V. eine Ausnahme.

dd) Teleologische Auslegung

Wenn wir von der Arbeitshypothese ausgehen, dass die Einrede d.n.e.V. eine Einrede im technischen Sinn ist, so fragt sich, welcher Zweck damit verfolgt werden soll. Unergiebig scheint mir das Argument, es solle dem Beklagten/Schuldner freistehen, darüber zu entscheiden, ob er die Einrede erheben wolle oder nicht (28). M.a.W. würde es ihm einerlei sein zu leisten, auch wenn er nicht leisten müsste. Die gleiche Begründung könnte auch bei mangelnder Fälligkeit gegeben werden (29). Wird aber dem Gläubiger die Behauptung für die Erfüllung seiner Verpflichtung auferlegt, so will damit eine Norm- und Vertragsverletzung von allem Anfang an vermieden werden. Zweck des Gesetzes soll es doch sein, sowenig Konfliktsituationen wie nur möglich zu schaffen (sie bei Vorliegen zu regeln, scheint mir nur sekundäre Funktion des Gesetzes zu sein).

Dass die Gefahr eines Konflikts aber grösser ist, wenn der Beklagte/Schuldner die Nichterfüllung als Einrede vortragen muss, als wenn der Kläger/Gläubiger seine Erfüllung bzw. sein Erfüllungsangebot behaupten muss, ist offensichtlich.

Von diesem Standpunkt aus ist der Einredecharakter von Art. 82 OR ebenfalls eher zu verneinen.

b) Gegenseitiger Vertrag mit und ohne Vorleistung

Wenn einer der Vertragspartner vorleistungspflichtig ist, muss das derjenige behaupten und beweisen, zu dessen Gunsten die Vorleistungspflicht vereinbart ist. Ist eine Vorleistungspflicht aber nicht vorgesehen, hat der Kläger alle jene Vertragspunkte anzuführen, die ihn zur Leistungseinforderung legitimieren: das sind die vertragswesentlichen Elemente und die Fälligkeit - im Vertrag ohne Vorleistungspflicht also Erfüllung oder Angebot der Erfüllung.

Misslingt dem Kläger der Beweis für die Vorleistungspflicht des Beklagten, so hat das, sofern nicht die Einrede d.n.e.V. erhoben wird, für den Kläger keine schwerwiegenden Folgen: er könnte auf unbedingte Verurteilung klagen. Keine Konsequenzen also für den Kläger, wenn er die Vorleistungspflicht nicht beweisen kann und die Einrede aus Art. 82 OR nicht erhoben wird (30).

c) Die Behandlung des gegenseitigen Vertrages ohne Vorleistungspflicht im Betreibungsverfahren bzw. im kantonalen Vollstreckungsverfahren (31)

Damit der Kläger gegen den Beklagten aufgrund eines gegenseitigen Vertrages ohne Vorleistungspflicht zu einem provisorischen Rechtsöffnungstitel im Sinne von Art. 82 SchKG gelangt, muss er die Erfüllung der eigenen Verpflichtung bzw. ein Erfüllungsangebot nachweisen können, - auch ohne Einrede des Beklagten.

Damit steht der Vollstreckung einer Geldschuld aus gegenseitigem Vertrag Art. 82 OR entgegen, auch wenn

sich der Einredeberechtigte nicht darauf beruft; der Vollstreckung einer Sachleistung im kantonalen Vollstreckungsverfahren wird Art. 82 OR jedoch nur entgegenstehen, wenn sich der Einredeberechtigte darauf beruft. Was rechtfertigt diese unterschiedliche Behandlung im Vollstreckungsverfahren? Wird Art. 82 OR nur im Verfahren nach SchKG als untechnische Einrede behandelt?

III. Eigene Meinung zur Natur von Art. 82 OR

Es entspricht einem natürlichen Rechtsempfinden, dass der die Leistung verweigernde Schuldner zu erkennen gibt, weshalb er sie verweigert: weil er die Gegenleistung nicht erhalten hat. Es ist ja durchaus möglich, dass er, um z.B. Geschäftsbeziehungen mit dem Gläubiger nicht zu gefährden, leistet, ohne selbst Leistung erhalten zu haben. Zwei korrekte Vertragspartner erwarten voneinander, dass der Vertrag so erfüllt werde, wie es ihren Willensäusserungen entsprach. Die Leistung verweigert nur derjenige Vertragsteil, der der Vertragstreue des Partners misstraut (32). In diesem Sinne ist es auch zu verstehen, wenn von einem Spezialfall der Einrede der Arglist gesprochen wird (33).

Lehre (34) und Rechtsprechung (35) sind sich inzwischen darüber einig, dass es sich bei Art. 82 OR um eine Einrede handelt. Sogar Larenz negiert trotz seiner Theorie von den Austauschansprüchen den Einredecharakter nicht (36).

Der Einredecharakter ergibt sich nicht nur aus der Stellung von Art. 82 OR, indem Art. 83 OR, als Spezialfall der Einrede des nicht erfüllten Vertrages zweifellos eine technische Einrede ist. Die Einredenatur liegt auch im Wesen einer raschen und reibungslosen Ab-

wicklung der Verträge, was zweifellos nicht mehr gegeben wäre, wenn der Kläger/Gläubiger immer zuerst die Erbringung der eigenen Leistung nachweisen müsste (37). In diesem Sinne lässt sich wohl am ehesten die Meinung Larenz' vertreten, die Einrede d.n.e.V. sei nicht eine technische 'Einrede' materiellrechtlicher Natur, sondern eine prozessuale Einrede, wobei diese in der Ausübung und Wirkung den gleichen Regeln unterworfen ist, wie die materiellrechtlichen Einreden, insbesondere, obwohl prozessuale Einrede, auch ausserprozessual, mit materiellrechtlicher Wirkung ausgeübt werden kann.

IV. Exceptio non rite adimpleti contractus

Literatur und Rechtsprechung unterscheiden oft die exceptio non adimpleti contractus von der exceptio non rite adimpleti contractus, ohne jedoch anzugeben, welches die unterscheidenden Merkmale sind. Der Grund lässt sich leicht darin finden, dass die Unterscheidung wenig sinnvoll ist.

Um was es bei der Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages geht, ergibt sich schon aus dem Wortlaut: der Schuldner und jetzt fordernde Gläubiger hat den Vertrag zwar teilweise erfüllt, darf aber nicht Erfüllung fordern, solange er nicht vollständig erfüllt hat. Der Unterschied zwischen der Einrede des nicht erfüllten und des nicht gehörig erfüllten Vertrages ist demnach ein rein quantitativer. Die Wirkungen sind bei beiden Einreden die gleichen: solange der Gläubiger nicht vollständig erfüllt hat, solange darf er nicht Erfüllung verlangen. Fragen kann man sich allerdings, ob die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages nur zu einem teilweisen Leistungsverweigerungsrecht des Einredeausübenden führen solle. Dies

ist m.E. abzulehnen, da die Einrede aus Art. 82 OR sowohl Schutzfunktion hat als auch einen gewissen Druck auf die Gegenseite ausüben soll. Kann der Einredeausübende jedoch nur eine relative Leistungsverweigerung ausüben, läuft er Gefahr, den ausstehenden Teil nicht mehr zu erhalten (38).

V. Die Zulässigkeit der Einrede des nicht erfüllten Vertrages

1. Allgemein

Die Einrede d.n.e.V. regelt die Ordnung in der Erfüllung nur bei zweiseitigen Verträgen bzw. bei Leistungen, die miteinander im Austauschverhältnis stehen. Art. 82 OR gibt dem Schuldner das Recht, seine Leistung zu verweigern, solange der Gläubiger selbst nicht geleistet hat bzw. die Leistung anbietet.

Die Erfüllung oder das Angebot der Erfüllung muss vollständig sein, andernfalls der Gläubiger sie zurückweisen darf (Art. 69 Abs. 1 OR), ohne dabei in Verzug zu kommen (39).

Es ist demzufolge vorerst abzuhandeln, was unter Erfüllung bzw. Nichterfüllung zu verstehen sei, dergestalt dass die Einrede d.n.e.V. zulässig ist.

2. Erfüllung und Nichterfüllung

Der Schuldner erfüllt richtig, wenn er die geschuldete Leistung (40) zur richtigen Zeit (41), am richtigen Ort (42), an die richtige Person (43) und u.U. persönlich (44) erbringt. Ist eine dieser Voraussetzungen nicht gegeben, so liegt ein Mangel in der Erfüllung vor. Wieweit derartige Mängel zur Leistungsverweigerung be-

rechtlichen, ist im Folgenden zu prüfen.

a) Mangel in der Person des Schuldners

Persönliche Erfüllung ist nur bei Verpflichtungen notwendig, bei denen es auf die Persönlichkeit des Schuldners ankommt (Art. 68 OR). Persönliche Erfüllung kann gefordert sein, weil der Schuldner besondere Begabungen aufweist oder weil er besonders vertrauenswürdig oder geschicklich ist; etc. Handelt es sich um einen Vertrag, bei dem persönliche Erfüllung durch den Schuldner nötig ist, und leistet an Stelle des Schuldners ein Dritter, so hat der Gläubiger, ohne dabei in Verzug zu kommen (Art. 91 OR), das Recht, die Leistung des Dritten nicht anzunehmen.

Gegenüber einer gegen ihn gerichteten Erfüllungsklage kann er deshalb mit Recht die Einrede d.n.e.V. erheben.

Der Dritte seinerseits steht zum Gläubiger in keiner vertraglichen Beziehung; eine Erfüllungsklage seinerseits und logischerweise die Einrede aus Art. 82 OR sind ausgeschlossen.

Nimmt der Gläubiger jedoch die Leistung des Dritten als Erfüllung an, so kann er sich auch nicht mehr auf sein Leistungsverweigerungsrecht berufen.

b) Erfüllungsort für die Leistungen aus synallagmatischen Verträgen, insbesondere für Geldschulden

Gemäss Art. 74 Abs. 2 Ziff. 1 OR sind Geldschulden am Gläubigerwohnsitz zur Zeit der Erfüllung zu zahlen. Dies gilt, soweit die Parteien nicht ausdrücklich oder stillschweigend (d.h. aus den Umständen sich ergebend) einen besonderen Erfüllungsort bestimmt haben.

Ein derartiger stillschweigender, sich aus den Umständen ergebender Parteiwille kann für die Geldschulden aus Zug-um-Zug zu erfüllenden Verträgen angenommen werden: Erfüllungsort der Geldschulden ist der Erfüllungsort der Gegenleistung (45).

Man kann dieses Prinzip ausdehnen und sagen, dass bei synallagmatischen Verträgen, wo ebenfalls zeitlich ein Leistungsaustausch stattfinden soll, sich aus den Umständen immer nur ein einziger Erfüllungsort für beide Leistungen ergeben soll. Es würde dann der gleiche Grundsatz wie im internationalen Privatrecht für die Findung des anwendbaren Rechts gelten: Erfüllungsort für beide Leistungen ist der Erfüllungsort der charakteristischen Leistung (46). Dieses Prinzip hilft, wie oben gesehen, bei Verträgen, wo die eine Schuld eine Geldschuld ist, es hilft aber nicht mehr da, wo sich zwei Nicht-Geldschulden gegenüberstehen.

c) Mangel im Erfüllungsort

Es geht hier nicht um die Frage nach dem Erfüllungsort an sich (Art. 74 OR), sondern um die Frage, was geschehen soll, wenn am falschen Ort erfüllt wird. Der Gläubiger kann die Erfüllung am falschen Erfüllungsort zurückweisen, ohne dadurch in Verzug zu kommen. Auch hier steht ihm in der Folge gegenüber der Erfüllungsklage seitens des Vertragspartners die Einrede d.n.e.V. zu.

Nimmt er jedoch die Leistung am falschen Erfüllungsort entgegen, so kann dies zweierlei Bedeutung haben: es kann sich um eine nachträgliche Vereinbarung zwischen den Vertragsparteien bezüglich eines neuen Erfüllungsortes handeln, es können sich daraus jedoch auch Schadener-

satzansprüche gemäss Art. 97 OR ergeben. Nur im zweiten Fall ist, je nachdem wie hoch die Schadenersatzansprüche im Verhältnis zur Gesamtleistung stehen, u.U. eine Leistungsverweigerung zulässig (s.u. Teilleistungen) (47).

d) Mangel in der Zeit

Ist die Erfüllungszeit durch Vertrag bestimmt, braucht der Gläubiger eine vor dieser Zeit erbrachte Leistung nicht anzunehmen. Gegenüber einer Erfüllungsklage vor der Erfüllungszeit benötigt der Schuldner die Einrede d.n.e.V. nicht, sondern kann sich auf mangelnde Fälligkeit der Forderung berufen.

Sind die Forderungen gleichzeitig fällig geworden, kann sich der Schuldner auf sein Leistungsverweigerungsrecht berufen, sofern der Kläger seine Leistung noch nicht erbracht hat (Art. 82 OR).

e) Mangel in der Person des Gläubigers

Leistet der Schuldner an die falsche Person, hat er den Vertrag nicht erfüllt. Gegenüber einer Erfüllungsklage seinerseits als Gläubiger kann ihm die Einrede aus Art. 82 OR entgegengehalten werden.

f) Mangel in der geschuldeten Leistung

Der Mangel in der geschuldeten Leistung kann verschieden sein: die Leistung wird nur teilweise erbracht (a), die Leistung kann Sachmängel (b) oder Rechtsmängel (c) aufweisen, die Leistung kann eine andere als die vereinbarte Vertragsleistung sein (d), sie kann endlich unmöglich geworden sein, verschuldet oder unverschuldet (e).

aa) Teilleistungen

Teilleistung bedeutet, dass in Bezug auf das Geschuldete eine unvollständige Leistung vorliegt (48). Der Gläubiger hat Teilleistungen nicht anzunehmen, ausser es ergebe sich aus den Umständen, dass die ganze Leistung nicht gleichzeitig erbracht werden kann. Die Regel, dass der Gläubiger Teilleistungen nicht anzunehmen hat, gilt auch dann nicht mehr, wenn die Ablehnung des fehlenden Teils der erbrachten nur fast vollständigen Leistung wider Treu und Glauben verstösst (49). Zu geringfügig, um die angebotene (Teil-) Leistung auszu-schlagen, ist der fehlende Teil dann, wenn der Gläubiger den Vertrag zu den gleichen Bedingungen auch ohne den fehlenden Teil abgeschlossen hätte. Umgekehrt liegt eine zur Annahmeverweigerung berechtigende Teilleistung da vor, wo der Gläubiger am ausstehenden Teil ein objektives Interesse hat (50) bzw. wo der restliche Teil vernünftigerweise auch Gegenstand eines selbständigen Vertrags sein könnte (51), bzw. wo der in Frage stehende Vertrag ohne den fehlenden Teil nicht abgeschlossen worden wäre.

Problemlos ist der Fall, wenn der Gläubiger eine Teilleistung zulässigerweise zurückweist: Im Hinblick auf die von ihm geschuldete Gegenleistung steht ihm die Einrede d.n.e.V. zu.

Problemlos ist auch der Fall, wenn der Gläubiger eine Teilleistung angenommen hat, ohne dazu verpflichtet gewesen zu sein: Für den ausstehenden Teil steht dem Gläubiger das Leistungsverweigerungsrecht zu und zwar im Umfang seiner gesamten Leistung.

Hat der Gläubiger die 'Teilleistung' nach Treu

und Glauben annehmen müssen, weil der ausstehende Teil zu geringfügig war, um die gesamte Leistung zurückzuweisen, dürfte sich eine Leistungsverweigerung seinerseits nicht leicht rechtfertigen lassen. Uebt aber die Einrede d.n.e.V. eine Schutzfunktion für den Anspruch des Einredeerhebenden aus (52), so verliert sich diese Schutzfunktion, wenn er einerseits die Teilleistung unter Erbringung seiner eigenen Leistung annehmen muss, für den ausstehenden Teil seiner Forderung jedoch keine Sicherheit mehr hat. Ein Mittelweg liegt darin, nur einen der nicht erbrachten Leistung entsprechenden Teil zurückzubehalten. Diese Lösung ist m.E. jedoch abzulehnen, weil durch Verweigerung eines minimalen Leistungsteils der Gläubiger für seinen Anspruch nur schlecht geschützt ist. Die Einrede d.n.e.V. hat nicht nur Schutzfunktion, sondern soll auf die Gegenseite einen gewissen Druck ausüben (53). In diesem Sinne vertrete ich die Meinung, die Leistung dürfe auch dann vollständig verweigert werden, wenn nur noch ein kleiner Teil der Gegenleistung fehlt, wobei das Leistungsverweigerungsrecht in diesem Fall nicht schikanös auszuüben ist, im Einzelfall also eine Relativierung nach Treu und Glauben notwendig ist.

bb) Mit Sachmängeln behaftete Leistung

Vorgängig muss nochmals darauf hingewiesen werden, dass die Einrede d.n.e.V. eine dilatorische Einrede ist (54), also nur zu vorübergehender Leistungsverweigerung berechtigt. Daraus folgt, dass die Einrede dann nicht mehr gegeben sein kann, wenn die Gegenpartei schon erfüllt hat oder unverschuldeterweise nicht mehr erfüllen kann (55), generell: die Einrede kann nicht erhoben werden, wenn eine endgültige Lösung des Vertragsverhältnisses notwendig ist (56). Eine endgültige Lösung scheint mir aber nicht schon

dann am Platz, wenn der eine Vertragspartner schon geleistet hat, sondern erst dann, wenn unverschuldet richtige Erfüllung nicht möglich ist.

Unzulässig ist demzufolge z.B. im Kaufvertragsrecht die Einrede d.n.e.V., wenn schlecht erfüllt wurde und die Voraussetzungen für die Rechtsbehelfe der Wandelung oder Minderung (57) gegeben sind. Dieses Prinzip findet beim Kauf von Gattungsware eine Korrektur, indem da dem Käufer neben dem Recht auf Wandelung oder Minderung auch das Recht zusteht, Ersatzleistung zu fordern (Art. 206 OR). Diese Bestimmung muss so verstanden werden, dass es auch bei Gattungswaren möglich ist, ein aliud zu liefern, so dass nachträgliche Erfüllung nicht ausgeschlossen ist; sind jedoch die Rechtsbehelfe der Wandelung und Minderung gegeben, ist nicht ein aliud geleistet worden, sondern die geschuldete Sache (58). Ist aber ein aliud geliefert, ist der Vertrag nicht erfüllt und die Einrede d.n.e.V. zulässig.

Wurde der Vertrag überhaupt noch nicht erfüllt, ist die Einrede d.n.e.V. immer zulässig, solange Erfüllung noch möglich ist.

cc) Mit Rechtsmängeln behaftete Leistung (Art. 192 ff. OR)

Auch hier muss zunächst abgeklärt werden, ob schon erfüllt wurde oder nicht. Wurde schon erfüllt, ist eine endgültige Lösung vonnöten, die Leistungsverweigerung also unzulässig. Ist hingegen noch nicht erfüllt, fragt sich wieder, ob Erfüllung noch möglich ist, wenn ja: ist die Einrede aus Art. 82 OR zulässig. Bei Unmöglichkeit nachträglicher Erfüllung: s.u. lit. e).

dd) Einrede aus Art. 82 OR, wenn eine andere Leistung als die vereinbarte Vertragsleistung angeboten bzw. geleistet worden ist

Die andere als die vereinbarte Leistung kann entweder ein aliud (59), Leistung an Erfüllungsstatt oder Leistung erfüllungshalber sein. Sowohl die Leistung an Erfüllungsstatt als auch die Leistung erfüllungshalber treten an Stelle der ursprünglich vereinbarten Leistung. Sie ändern somit an der Berechtigung der Einrede d.n.e.V. nichts (60). Bei der Leistung erfüllungshalber kann sich höchstens fragen, wie lange die Einrede aus Art. 82 OR zulässig ist. Da diese solange zulässig ist, als nicht erfüllt wird, muss bei einer Leistung erfüllungshalber die Einrede so lange zulässig sein, als die Leistung zum Zwecke der Erfüllung nicht verwertet worden ist, da erst die Verwertung selbst die Wirkungen der Erfüllung mit sich bringt (61). Diese Lösung scheint mir insofern unbefriedigend, als Fälle denkbar sind, wo die Leistung erfüllungshalber ein mehr als genügendes Verwertungsergebnis bringen wird. Demnach muss auch hier das Prinzip je nach vorliegendem Sachverhalt eine Korrektur durch Treu und Glauben erfahren.

ee) Nachträgliche Unmöglichkeit

Bei nachträglicher unverschuldeter Unmöglichkeit fällt die Einrede d.n.e.V. dahin.

Bei nachträglicher verschuldeter Unmöglichkeit ist eine Erfüllungsklage insofern ausgeschlossen, als die vereinbarte Vertragsleistung nicht mehr erbracht werden kann, sie schliesst somit Realerfüllung aus (62). Soweit der Gläubiger auch weiterhin seine Leistung im Austausch zur Schadenersatzleistung des Schuldners er-

bringen will (63), treten die beiden Leistungen in die Gegenseitigkeitsbeziehung. Der beklagte Schuldner und Gläubiger der Schadenersatzleistung ist dann berechtigt, seine Leistung zu verweigern, solange der Schadenersatz nicht angeboten bzw. nicht bewirkt wird.

§ 3 Synallagmatische Verträge in Lehre und Rechtsprechung

I. Kaufvertrag und Tausch

"Durch den Kaufvertrag verpflichtet sich der Verkäufer, dem Käufer den Kaufgegenstand zu übergeben und ihm daran das Eigentum zu verschaffen, und der Käufer, dem Verkäufer den Kaufpreis zu bezahlen" (Art. 184 Abs. 1 OR). Aus der Legaldefinition ergeben sich die korrespondierenden Leistungspaare: Kaufgegenstand einerseits, Kaufpreis andererseits. Zweifellos gehören die Verzugszinsen nicht zur ursprünglich geschuldeten Leistung und können deshalb nicht Gegenstand der Einrede d.n.e.V. sein (1). Zur Leistung gehört alles, was bei Vertragsschluss versprochen wurde, also auch die Zahlung der Uebergabe- bzw. Transportkosten.

Wenn bei einem Occasions-Autokauf der Verkäufer dem Käufer ein neues Röhrengestell, Beschriftung des Wagens und die Vorführung bei der Motorfahrzeugkontrolle verspricht, so kann der Käufer die Einrede aus Art. 82 OR erheben, wenn einer dieser Punkte nicht erfüllt ist (2).

Wird Bezahlung durch Akkreditiv versprochen, ist Berufung auf Art. 82 OR zulässig, solange das Akkreditiv nicht erstellt ist (3).

Fehlen bei einem mehrhundertseitigen Buch auch nur wenige Seiten, ist nicht gehörig erfüllt (4).

1. Sukzessivlieferungsverträge

Bei den Sukzessivlieferungsverträgen wird nicht jede einzelne Teilleistung mit der entsprechenden Gegenleistung abgewogen, sondern die Gesamtheit der beidseitigen

gen Leistungen steht sich gegenüber (5).

2. Abzahlungsvertrag

Der Käufer kann sich auf Art. 82 OR berufen und Bezahlung auch nur der ersten Rate verweigern, solange der Verkäufer ihm die Ware nicht übergeben hat (Art. 226a OR).

3. Vorauszahlungsvertrag

Der Verkäufer im Vorauszahlungsvertrag kann seine Leistung solange zurückbehalten, bis der Käufer die gesamte Kaufpreissumme bezahlt hat (Art. 227a OR).

II. Schenkung

Die Schenkung ist ein typisch unwesentlich zweiseitiger Vertrag, auf den die Synallagma-Regeln keine Anwendung finden. Dies ist jedoch dann u.U. nicht mehr der Fall, wenn die Schenkung unter einer Auflage erfolgt (Art. 246 Abs. 1 OR): ist die Auflage dem Wert der Schenkung gleichwertig, so kann sich der Beschenkte auf die Einrede aus Art. 82 OR berufen, wenn der Schenker seiner Verpflichtung noch nicht nachgekommen ist (6).

III. Miete und Pacht

"Durch den Mietvertrag verpflichtet sich der Vermieter, dem Mieter den Gebrauch einer Sache zu überlassen und der Mieter, dem Vermieter hiefür einen Mietzins zu leisten". (Art. 253 OR) Das durch Legaldefinition bestimmte Leistungspaar ist der Mietzins einerseits und die Uebergabe einer Sache zum Gebrauch andererseits. Ist der Gebrauch der Sache geschmälert, liegt nicht man-

gelnde Erfüllung vor, die die Einrede d.n.e.V. gewährt, sondern Schlechterfüllung. Der Mieter kann den Mietzins nicht zurückbehalten, bis der Vermieter wieder den vertragsgemässen Gebrauch hergestellt hat, er kann nur eine Minderung des Mietzinses verlangen (vgl. Art. 254 f. OR). Der Mieter kann jedoch den Mietzins zurückbehalten, wenn er den Mietgegenstand nicht übergeben erhält bzw. wenn er ihn zwar erhalten könnte, aber in einem den Gebrauch schmälern den Zustand. Umgekehrt kann der Vermieter die Mietsache nicht zurückbehalten, wenn er den Mietzins nicht erhält, er kann nur Frist ansetzen, den Mietzins zu bezahlen, mit der Androhung, dass der Mietvertrag andernfalls aufgelöst sei (Art. 265 Abs. 1 OR). Die Berufung auf Art. 82 OR seitens des Vermieters ist nur zulässig, solange er den Mietgegenstand nicht übergeben hat.

Die gleichen Vorschriften gelten für die Pacht (Art. 277 Abs. 2 OR).

IV. Darlehen

Das Darlehen ist an sich ein unwesentlich zweiseitiger Vertrag, d.h. die Einrede d.n.e.V. ist nicht anwendbar. Das Darlehen lässt sich jedoch dann als wesentlich zweiseitiger Vertrag verstehen, wenn für die Hingabe der Darlehenssumme eine äquivalente Leistung versprochen wird.

Anwendungsfall ist das partiarische Darlehen, wo der Darleiher als Gegenleistung für sein Darlehen am Gewinn beteiligt wird (7). Ebenfalls zu einem synallagmatischen Vertrag wird das Darlehen, wenn sich der Darleiher als Gegenleistung eine hypothekarische Sicherheit versprechen lässt: sofern keine oder keine vollständige Vor-

leistungspflicht vereinbart ist, ist die Einrede d.n.e.V. zulässig, sei es, dass der Darleiher seiner Leistungspflicht nicht nachkommt, sei es, dass der Borger die hypothekarische Sicherheit nicht stellt (8).

V. Arbeitsvertrag

Durch den Arbeitsvertrag verpflichtet sich der Arbeitnehmer zur Leistung von Arbeit im Dienst des Arbeitgebers und dieser zur Entrichtung des Lohnes (Art. 319 Abs. 1 OR). Korrespondierend zum Lohn des Arbeitgebers ist die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers.

Trotz rückständiger Lohn Guthaben kann der Angestellte die von ihm geführte Buchhaltung nicht aufgrund von Art. 82 OR zurückbehalten, weil Gegenleistung des Lohnes nicht das Resultat der Arbeit, sondern die Arbeitsleistung an sich ist (9).

VI. Werkvertrag

"Durch den Werkvertrag verpflichtet sich der Unternehmer zur Herstellung eines Werkes und der Besteller zur Leistung einer Vergütung". (Art. 363 OR) Das Leistungspaar ist: Werk einerseits, Werklohn andererseits. Dabei ist der Unternehmer vorleistungspflichtig, d.h. der Werklohn ist erst bei Ablieferung des Werkes geschuldet (Art. 372 OR). Solange der Unternehmer das Werk nicht oder nicht vollständig erstellt hat, steht dem Besteller die Einrede d.n.e.V. zu. Wenn nur noch eine minime Teilleistung aussteht, hängt die Berechtigung der Einrede davon ab, ob der gelieferte Hauptteil des Werkes für den Besteller brauchbar ist (10). Ist der ausstehende Teil ohne Mühe lieferbar bzw. erstellbar, so dürfte der Besteller m.E. die Einrede d.n.e.V. nur hinsichtlich

der ausstehenden Teilleistung erheben bzw. wäre berechtigt, einen verminderten Werklohn zu bezahlen.

VII. Auftrag

Der Auftrag ist ein typisch unwesentlich zweiseitiger Vertrag, aus dem sich kein korrespondierendes Leistungspaar ergibt. So darf ein Rechtsanwalt die Akten seines Mandanten nicht zurückbehalten, bis dieser bezahlt hat (11). (Die Herausgabeklage des Mandanten braucht sich nicht auf den Vertrag zu stützen, sondern ist schon durch das Eigentum an den Akten gerechtfertigt.)

IIIX. Alleinvertretungsvertrag

Der Alleinvertretungsvertrag beinhaltet zwei Leistungs paare: die Ueberlassung des Verkaufs im Vertragsgebiet, durch die eine Unterlassungspflicht des Lieferanten begründet wird, korrespondierend zur Pflicht des Vertreters, den Absatz der Ware in dem ihm vorbehaltenen Gebiet zu fördern. Das zweite Leistungs paar: das Recht und die Pflicht des Lieferanten, Ware zu liefern, korrespondierend zur Pflicht des Vertreters, die Ware des Lieferanten abzunehmen und zu bezahlen (12). Beide Leistungs paare begründen ein Dauerschuldverhältnis, das oben als zweites angeführte Leistungs paar entspricht einem Sukzessivlieferungsvertrag. Die nicht gehörige Erfüllung einer Leistung aus einem Leistungs paar berechtigt den Kontrahenten zur Einrede d.n.e.V. innerhalb dieses Leistungs paares, nicht aber zur Einredeerhebung im andern Leistungs paar.

IX. Bürgschaft

Die Bürgschaft ist ebenfalls unwesentlich zweiseitiger Vertrag, der Bürge kann aber, wenn die Bürgschaft

in Verbindung mit einer äquivalenten Gegenleistung errichtet wurde, die Einrede d.n.e.V. erheben (13).

X. Gekoppelte Verträge

Die Vertragskontrahenten können sich so einig werden, dass sie zwei Verträge miteinander abschliessen dergestalt, dass die charakteristische Leistung des einen Vertrages der charakteristischen Leistung des andern Vertrages entspricht, auch wenn zwei in sich geschlossene Verträge vorliegen (14). Voraussetzung dafür, dass ein Vertragskontrahent mit Bezug auf eine Vertragsleistung die Einrede d.n.e.V. erheben kann, ist ein einheitliches Grundverhältnis (15); es genügt somit nicht, wenn zwei Personen einfach in ständigem Geschäftsverkehr miteinander stehen (16).

Zulässig ist die Einrede d.n.e.V. in folgendem Fall: Bauherr A übertrug Unternehmer B die Ausführung der elektrischen Anlagen in einem Neubau (gegen Bezahlung), Unternehmer B verpflichtet sich dafür, der Firma des Bauherrn A zehn Waschmaschinen abzukaufen (17).

Unzulässig ist aber die Einrede in folgendem Fall: Verkäufer A verkaufte Käufer B Wein und, durch Abschluss eines zweiten Vertrages, Vermouth. Der Verkäufer kann die Weinlieferung nicht aufgrund von Art. 82 OR zurückbehalten, weil der Käufer B den Vermouth nicht bezahlt hat (18).

XI. Zweiseitige familienrechtliche Verträge

Unzulässig, weil gegen die guten Sitten verstossend, wäre es, Art.82 OR auch auf familienrechtliche Verträge anwenden zu wollen. So kann der von der

Ehefrau getrennte Ehemann die Bezahlung der Unterhaltsbeiträge nicht davon abhängig machen, dass die Ehefrau ihm das richterlich eingeräumte Besuchsrecht gewährt (19).

§ 4 Besondere Fragen des materiellen Rechts

I. Real- und Verbaloblation

Gemäss Art. 82 OR muss, damit der Schuldner die Einrede d.n.e.V. nicht erheben kann, der Gläubiger diesem seine Leistung mindestens anbieten, wobei der Schuldner in Gläubigerverzug kommt, wenn er die gehörig angebotene Leistung nicht annimmt (Art. 91 OR).

Das Angebot muss entweder ein wörtliches oder ein tatsächliches sein. Verbal dann, wenn der Erfüllungsort am Wohnsitz des Schuldners ist, oder wenn der Gläubiger von allem Anfang an erklärt, die Leistung nicht annehmen zu wollen (1).

Realoblation bedeutet effektives Anbieten der vertragsgemässen Leistung zur vertragsgemässen Erfüllungszeit am vertragsgemässen Erfüllungsort an den vertragsgemässen Gläubiger (2). Für den Schuldner gibt es an sich keinen Unterschied zwischen Realoblation und Erfüllung selbst: Realoblation ist vom Schuldner aus gesehen eine Erfüllungsbehandlung gleich wie wenn der Gläubiger annehmen würde (3); diese Erfüllungshandlung des Schuldners wird zur Realoblation erst durch den Umstand, dass der Gläubiger die Leistung zurückweist, so dass er in Gläubigerverzug kommt (4).

II. Gläubigerverzug

Gemäss Art. 91 OR kommt der Gläubiger in Verzug, wenn er die Annahme der gehörig angebotenen Leistung ungerichtfertigterweise verweigert.

Voraussetzungen des Gläubigerverzuges sind somit: Angebot, Angebot der gehörigen Leistung, Verweigerung der

Annahme der Leistung, ungerechtfertigte Verweigerung der Annahme.

Das Angebot setzt sowohl die Leistungsbereitschaft des Schuldners voraus als auch das Anerbieten der Leistung (5), m.a.W. genügt das Angebot ohne effektive Leistungsbereitschaft nicht.

Ob das Angebot Real- oder Verbaloblation sein muss, bestimmt sich nach dem Erfüllungsort bzw. danach, ob es eine Hol- (6) oder Bringschuld sei (7), also danach, ob Erfüllungsort am Ort des Schuldners sei oder am Ort des Gläubigers (8) (9).

Die angebotene Leistung muss gehörig sein, d.h. qualitativ und quantitativ der durch Vertrag begründeten und im Moment der Erfüllung noch gleich bestehenden Forderung des Gläubigers entsprechen (10).

Verweigerung der Annahme liegt vor, wenn der Gläubiger die gehörig angebotene Leistung zurückweist bzw. verhindert, dass die Leistung in seinen Besitz bzw. in sein Eigentum übergeht. Wesensnotwendig für eine relevante Verweigerung ist auf jeden Fall, dass die angebotene Leistung gehörig ist. Den Gläubiger treffen keine Folgen bei Verweigerung der Annahme ungehöriger Leistung. Verweigerung der Annahme liegt auch vor, wenn der Gläubiger aus einem synallagmatischen Vertrag zwar bereit wäre, die angebotene Leistung anzunehmen, seiner Schuldnerpflicht aber nicht nachkommen will, da in diesem Fall der Schuldner nur verpflichtet ist, seine Leistung im Austausch mit der Gegenleistung zu erbringen (11).

Ungerechtfertigt ist die Verweigerung, wenn der Gläubiger keine objektiven Gründe anführen kann, die seine Verweigerung rechtfertigen können (12).

Der belangte Beklagte kann bei nicht gehörigem Angebot die Einrede d.n.e.V. erheben, der Kläger seinerseits kann mit gehörigem Angebot die materiellrechtlichen Voraussetzungen für die Vollstreckung schaffen (13), andererseits kann der Kläger, wenn er dem Schuldner die gehörige Leistung erfolglos angeboten und derart hinterlegt hat, diesem eine Frist zur Erfüllung des Vertrages ansetzen, - er kann auf nachträgliche Leistung verzichten und das positive Vertragsinteresse fordern oder vom Vertrag zurücktreten (14). Immerhin hat der Kläger damit zu rechnen, dass über die Zulässigkeit der ergriffenen Rechtsbehelfe in einem gerichtlichen Verfahren entschieden wird.

Die Wirkungen des Gläubigerverzugs werden in Art. 92 OR ausdrücklich genannt. Sie bestehen im Recht des Schuldners, den geschuldeten Gegenstand zu hinterlegen (15), zu verkaufen und den Erlös zu hinterlegen (16) oder u.U. vom Vertrag zurückzutreten (17). Und erst wenn der Kläger eines dieser Rechte ausgeübt hat, darf er die Leistung fordern, ohne die Einrede aus Art. 82 OR befürchten zu müssen (18). Allerdings muss er die Einrede nicht befürchten, weil der Beklagte im Gläubigerverzug ist, sondern weil er die Erfüllung anbietet.

Rechtsprechung und Lehre haben nun versucht, die Rechtsbehelfe des Klägers auszubauen, da die Rechtsfolgen des Gläubigerverzugs wenig schlagkräftig seien: der Gläubigerverzug bedeute "ipso facto die Verweigerung der Zahlung, also der geschuldeten Gegenleistung" (19). Im übrigen sei der Käufer gemäss Art. 211 OR "nicht nur zur Zahlung verpflichtet, sondern auch zur Annahme der Sache" (20) und endlich bedeute Nichtvornahme des Abrufs eine positive Vertragsverletzung (21). Jeder dieser drei

Punkte führe den Beklagten in Schuldnerverzug; dem Kläger eröffnen sich damit die Möglichkeiten von Art. 102 ff. OR, insbesondere Art. 107 OR.

Hier ergeben sich aber auch Schwierigkeiten im Verhältnis von Art. 107 OR zu Art. 82 OR in Verbindung mit Art. 91 OR. Einerseits sieht Art. 107 OR vor, dass der Kläger nach Ansetzung einer Nachfrist auf drei verschiedene Arten vorgehen kann, dass er u.a. auch auf der Erfüllung des Vertrages beharren kann. Andererseits sieht Art. 82 OR vor, dass Erfüllung nur fordern darf, wer selbst schon erfüllt hat bzw. Erfüllung anbietet.

Problemlos gestaltet sich die Rechtslage, wenn der Kläger erfüllt hat. Der Beklagte ist im Schuldnerverzug, der Kläger kann auf nachträglicher Erfüllung beharren und würde klageweise ein unumschränktes Leistungsurteil erhalten. Ist die gehörige Leistung jedoch nur angeboten worden, so ist nicht ohne weiteres klar, dass der Kläger nach Art. 107 OR Erfüllung verlangen darf. Ausgangspunkt der Problemlösung ist der Wortlaut von Art. 82 OR: "Wer... zur Erfüllung anhalten will, muss... bereits erfüllt haben oder Erfüllung anbieten". Einerseits darf also der Kläger Erfüllung fordern auf Grund des Gläubigerverzuges und des daraus folgenden Schuldnerverzugs, andererseits ist diese Möglichkeit nur unter dem Vorbehalt gegeben, dass er Erfüllung auch anbietet (nicht etwa nur angeboten hat).

Aus dieser Problematik ergibt sich die Frage, ob der Gläubigerverzug die Einrede des nicht erfüllten Vertrages ausschliesse. Die herrschende schweizerische Lehre steht hier - im Gegensatz zur herrschenden deutschen Lehre - auf dem Standpunkt, dass der Gläubigerverzug den Beklagten daran hindere, bezüglich der von ihm geschul-

deten Gegenleistung die Einrede aus Art. 82 OR zu erheben (22).

Nicht vollständig stichhaltig scheint mir die Begründung Beckers (23) für den Ausschluss von Art. 82 OR: man könne dem Gläubiger die Rechtsbehelfe aus Art. 92/94 OR "nicht zumuten, weil sie möglicherweise seine Rechtslage erschweren könnten, z.B. wegen der Haftung für die Kosten". Erstens haftet nicht der Schuldner für die auf Grund von Gläubigerverzug hinterlegte Sache, sondern der Gläubiger (24), und zweitens kann der Schuldner, solange der Gläubiger die Annahme nicht erklärt hat, die Hinterlegung wieder rückgängig machen und die Sache z.B. gemäss Art. 93 OR verkaufen.

Giger scheint einerseits die Einrede d.n.e.V. bei Gläubigerverzug auszuschliessen, anerkennt aber doch, dass der Kläger nicht vollstrecken kann, bevor er sich nicht durch Hinterlegung von seiner Verpflichtung befreit hat (25). Das heisst, dass dem Anspruch des Klägers ein Hindernis entgegensteht (andernfalls die Vollstreckung ja möglich sein müsste). Ein anderes Hindernis als die Einrede aus Art. 82 OR ist m.E. nicht denkbar.

Wenn wir uns praktisch vorstellen, was es bedeutet, im Gläubigerverzug die Einrede aus Art. 82 OR erheben zu können, müssen wir zu folgendem Bild kommen: Der Beklagte, der nicht bereit ist (27), die Leistung anzunehmen, erklärt, er leiste nur, wenn auch er die Leistung erhalte, aber er weigere sich, die ihm angebotene Leistung anzunehmen: ein klassischer Fall des *venire contra factum proprium*. In diesem Sinne ist es müssig, von einer Einrede d.n.e.V. zu sprechen, da ja der Beklagte nicht nur erst in einem gewissen Zeitpunkt zu leisten bereit ist, sondern seine Leistung überhaupt verweigert.

So kommt er in Gläubiger- und Schuldnerverzug. Schuldnerverzug bedeutet für ihn, dass er Verzugszinsen zu bezahlen hat. Abgesehen davon hat er damit zu rechnen, dass der Kläger das ihm zustehende Wahlrecht aus Art. 107 OR ausübt.

Der Kläger kann zwar weiterhin auf der Erfüllung des Vertrages bestehen; wenn der Beklagte sich jedoch weigert zu erfüllen, kann er seinen Anspruch nur klageweise durchsetzen. Und erst jetzt, wo es um die zwangsweise zu erreichende Annahmeerklärung geht, - und also auch um die zwangsweise Aufhebung des Gläubigerverzuges (28) -, fragt sich, ob der Beklagte verlangen dürfe, dass die Leistungen Zug um Zug auszutauschen seien, d.h. ob er sich auf Art. 82 OR berufen dürfe.

Abstrakt formuliert lautet die Frage: Schliesst der Gläubigerverzug die Einrede d.n.e.V. ein für alle Mal aus, oder lebt dieses Gestaltungsrecht im Gegenteil mit Beendigung des Annahmeverzuges wieder auf?

Es liesse sich durch nichts rechtfertigen, dem nach weggefallenem Gläubigerverzug wieder annahmebereiten Beklagten diese Einrede nicht wieder gewähren zu wollen. Die ehemals synallagmatische ohne Vorleistungspflicht bestehende Schuld kann nicht ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage in eine Schuld mit Vorleistungspflicht gewandelt werden (29).

Es liesse sich das Bild jedoch auch anders darstellen: Wenn wir davon ausgehen, dass Art. 82 OR nicht eine Einrede, sondern eine dem Anspruch des Klägers inhärente Beschränkung beinhaltet, so muss der Kläger vor der Erfüllung durch den Beklagten auf jeden Fall dartun, dass er seiner Verpflichtung (die seinen Anspruch be-

schränkt) nachgekommen ist. Das würde bedeuten, dass der Gläubigerverzug keinen Einfluss darauf hat, ob der Schuldner sich auf Art. 82 OR beruft oder nicht (30).

Etwas anderes ergibt sich, wenn wir zwar immer noch behaupten, dass dem Anspruch des Gläubigers eine immanente Beschränkung innewohnt, diese ihren Ausdruck allerdings erst auf Einrede hin findet(31). Auch in diesem Fall hat der Gläubigerverzug keinen Einfluss auf die Einredeerhebung, da der Schuldner damit nicht ein eigenes Recht geltend macht, sondern eine Schwäche des Gläubigerrechts.

Wenn die Einrede so lange am Platz ist, als der Kläger zur Leistung verpflichtet ist (32), muss das heissen, dass ein blosses Angebot der Leistung die Einrede nicht ausschliesst (vorausgesetzt, es sei kein dauerndes Angebot), weil der Kläger von seiner Verpflichtung nicht durch blosses Angebot, sondern erst durch Leistung selbst befreit wird (33).

Auf Grund der vorliegenden Ausführungen gelangte ich zu folgenden Schlüssen:

1. Der Gläubigerverzug vermag nicht, Verpflichtungen zu Leistungen, die gleichzeitig ausgetauscht werden müssen, in solche mit Vorleistungspflicht zu verwandeln.

2. Durch den Gläubigerverzug wird das Einrede-recht aus Art. 82 OR aufgehoben, lebt allerdings mit Wegfall des Gläubigerverzuges wieder auf.

3. Der Kläger vermag deshalb in keinem Fall, ein unumschränktes Leistungsurteil gegen den Beklagten zu erlangen (es sei denn, der Beklagte erhebe nicht die

Einrede d.n.e.V.).

4. Die synallagmatische Klammer der beiden Verpflichtungen kann erst im Vollstreckungsverfahren gelöst werden.

5. Der reine Gläubigerverzug (Art. 91 OR) erlaubt dem Kläger nicht, einen der Rechtsbehelfe aus Art. 107 OR zu ergreifen (34). Erst eine der Wirkungen von Art. 82 ff. OR erlaubt dieses Vorgehen: denn wer gemäss Art. 82 OR Erfüllung nicht fordern darf, darf es natürlich auch gemäss Art. 107 OR nicht; erst Hinterlegung oder Selbsthilfeverkauf und folgende Hinterlegung des Erlöses ermöglicht das Vorgehen nach Art. 107 OR.

III. Schuldnerverzug

Für unsere Arbeit sind hier zwei Bemerkungen anzubringen: die Möglichkeit der Einrede des nicht erfüllten Vertrages schliesst den Eintritt des Schuldnerverzuges aus (35). Aus diesem Satz folgt sogleich auch, dass der im Verzug sich befindende Schuldner die Einrede aus Art. 82 OR nicht haben kann.

IV. Zession

Der Beklagte kann dem Zessionar gegenüber die Einrede d.n.e.V. erheben, solange ihm seitens des Zedenten als Schuldner keine Leistung erbracht wurde. Das ergibt sich daraus, dass im Anspruch des Klägers eine immanente Beschränkung ist, dass die Einrede d.n.e.V. also nicht ein selbständiges Recht ist, sondern eine Schwäche des klägerischen Anspruchs offen legt (37). Es ergibt sich dies auch aus dem Grundsatz, dass der Schuldner durch einen Gläubigerwechsel nicht schlechter gestellt werden darf (38).

Prozessual rechtfertigt sich eine Streitverkündung durch den Zessionar an den Zedenten, da der Zessionar die Beweislast für die Erfüllung des Vertrages seitens des Zedenten trägt (39).

V. Schuldübernahme

Bei der Schuldübernahme kann der Uebernehmer alle jene Einreden geltend machen (40), die zur Zeit der Uebernahme dem alten Schuldner zustanden, insbesondere auch die Einrede d.n.e.V. (41).

VI. Schuldnersolidarität

Die Einrede aus Art. 82 OR steht gemäss Art. 145 Abs. 1 OR jedem Schuldner zu, solange der Gläubiger seine Leistung nicht erbracht hat, auch wenn er seine Leistung nur an einen der Solidarschuldner zu erbringen hat. Unterlässt ein Schuldner die Einrede d.n.e.V., so wird er dafür den andern Solidarschuldnern verantwortlich, Art. 145 Abs. 2 OR.

VII. Gläubigersolidarität

Ob eine Gläubigermehrheit oder nur ein einzelner Gläubiger gegeben ist, hat auf das Einrederecht aus Art. 82 OR keinen Einfluss. Schulden die mehreren Gläubiger dem Schuldner eine unteil- oder teilbare Leistung und wird der Schuldner auf eine unteil- oder teilbare Leistung belangt, so kann er, solange nicht alle Gläubiger erfüllt haben, jedem von ihnen die Einrede d.n.e.V. entgegenhalten. Zu Problemen führen kann diesfalls höchstens die Frage, ob ein Vertrag oder mehrere Verträge gegeben seien, wenn jeder Gläubiger dem Schuldner eine gleich grosse Teilleistung erbringen muss und der Schuld-

ner den Gläubigern ebenfalls gleichviele Teilleistungen zu erbringen hat.

IIX. Verjährung der schuldnerischen Forderung

Die Verjährung der schuldnerischen Forderung hat auf die Zulässigkeit der Einrede d.n.e.V. keinen Einfluss, d.h. der Schuldner kann die Einrede erheben, wenn der Gläubiger von ihm Leistung fordert, ohne selbst geleistet zu haben, auch wenn die schuldnerische Forderung nicht mehr klagbar ist.

Durch die Verjährung wird die Forderung nicht mehr klagbar, aber zur Abwendung der Gläubigerforderung kann der Schuldner die eigene verjährte Forderung einredeweise geltend machen (42).

IX. Novation

Novation ist Tilgung einer alten Schuld durch Begründung einer neuen Schuld (Art. 116 Abs. 1 OR). Die der alten Schuld anhaftenden Schwächen und Einreden gehen durch die Novation unter (43). Wird somit der Schuldner, dessen Forderung noviert wurde, auf Leistung belangt, ohne die dazu gehörige Gegenleistung erhalten zu haben, so ist ihm die Einrede d.n.e.V. versagt.

B. VERFAHRENSRECHTLICHER TEIL

§ 5 Prozessuale Fragen

I. Verhältnis von Bundesrecht und kantonalem Recht
bezüglich der Anwendung von Art. 82 OR im ge-
richtlichen Verfahren

Gemäss BGE 94 II 270 ergibt sich aus Art. 82 OR in Verbindung mit Art. 184 OR, dass die Kantone den Erlass eines bedingten Urteils vorzusehen haben. Diese von einigen Autoren bestrittene These (1) soll nun näher untersucht werden.

Unbestrittenermassen hat der Bundesgesetzgeber Normen aufgestellt, die in das prozessuale Verfahren eingreifen, auch wenn Organisation und Verfahren der kantonalen Gerichte von den Kantonen zu regeln sind (2). Ein Eingriff des Bundesgesetzgebers rechtfertigt sich immer nur dann, wenn ohne Eingriff die Durchsetzung der Privatrechtsvorschriften verunmöglicht wird (3).

Vorliegend geht es nicht darum, festzustellen, ob Art. 82 OR eine verfahrensrechtliche Bestimmung sei (4), sondern um die Frage, ob aus Art. 82 OR eine verfahrensrechtliche Vorschrift abgeleitet werden kann, wonach die Kantone ein Urteil auf Leistung Zug um Zug vorzusehen haben, welches auch Zug um Zug vollstreckt werden muss. Es ist sinnlos, ein derartiges Urteil vorzusehen, ohne dass eine entsprechende Vollstreckungsmöglichkeit besteht.

Hätte der Gesetzgeber die Absicht gehabt, dass sich aus Art. 82 OR eine verfahrensrechtliche Bestimmung ergeben soll, so müsste dies auch für das Vollstreckungsrecht des Bundes Geltung haben. Zwar sieht Art. 74 BZP ein Urteil auf Leistung Zug um Zug vor, massgebend ist aber, dass der Bund bei der Vollstreckung von Geldforde-

rungen nach SchKG keine Regelung einer Zahlung gegen Lieferung vorsieht. Wenn deshalb schon das Vollstreckungsrecht des Bundes aus Art. 82 OR nichts ableitet, ist nicht einzusehen, weshalb dies die Kantone tun müssten.

Auch vom Gesichtspunkt der Verwirklichung der Privatrechtsordnung her ergibt sich keine Notwendigkeit einer derartigen Auslegung von Art. 82 OR. Zwar bringt ein Urteil auf Leistung Zug um Zug zweifellos gewisse Erleichterungen; es kann aber nicht davon die Rede sein, ohne diese Regelung sei die Verwirklichung der Privatrechtsordnung verunmöglicht oder erheblich erschwert.

Die Rechtsverfolgung wird durch eine Abweisung zur Zeit, wie sie unter dem Recht der aZPO bestand, nicht unzumutbar erschwert. Im einen wie im andern Fall ist ein zweites Verfahren notwendig, das eine Mal ist es ein summarisches Verfahren, das andere Mal ein ordentliches Verfahren (5).

II. Das Rechtsbegehren

Das Rechtsbegehren bestimmt sich nach materiellem Recht (6), d.h. dass das Rechtsbegehren so gestellt werden muss, dass das Urteilsdispositiv bei gänzlicher Guttheissung der Klage der materiellen Rechtslage entspricht.

Wie ist das Rechtsbegehren zu formulieren, wenn:

a) der Kläger die schuldnerische Leistung fordert, ohne seine eigene Leistung angeboten zu haben?

b) der Kläger die schuldnerische Leistung fordert, obwohl der Schuldner die Einrede des nicht erfüll-

ten Vertrages erhoben hat?

c) der Kläger die schuldnerische Leistung fordert unter gleichzeitiger Hinterlegung seiner eigenen Leistung?

d) der Kläger die schuldnerische Leistung fordert unter gleichzeitiger Verbaloblation seiner eigenen Leistung?

Die Formulierung des Rechtsbegehrens bestimmt die Formulierung des Dispositivs und zwar nur jenes Teils des Dispositivs, der in materielle Rechtskraft erwächst. M.a.W. muss das Rechtsbegehren so formuliert sein, dass es den Streitgegenstand umfasst, aber nicht weiter geht als der Wortlaut des Dispositivs, der in materielle Rechtskraft erwächst, wenn die Klage vollständig gutgeheissen wird. Insbesondere gehören in das Rechtsbegehren keine Anträge darüber, wie das Urteil zu vollstrecken sei, da eben die Vollstreckungsmodalitäten an der Rechtskraft keinen Anteil haben.

Es fragt sich deshalb, ob es zulässig sei, ein Rechtsbegehren auf Leistung Zug um Zug zu stellen, da nur rechtskräftig beurteilt wird, dass die Leistung geschuldet ist, dass es eine Leistung aus synallagmatischem Vertrag ist und dass sie erst in einem bestimmten Zeitpunkt geschuldet ist (7).

Wie wir weiter unten noch sehen werden, ist jedoch der Zusatz 'Zug um Zug' ähnlich zu behandeln wie eine Vollstreckungsmodalität. Als solche kann im Rechtsbegehren kein Antrag auf Leistung Zug um Zug enthalten sein, ganz gleich ob im Urteil dieser Zusatz eingebaut wird oder nicht.

Demnach hat der Gläubiger immer auf Leistung zu

klagen, ohne die Bedingung einbauen zu können. Dieses Ergebnis stört allerdings insofern, als sich z.B. eben aus dem Vergleich zwischen Rechtsbegehren und Dispositiv die Kostenregelung ergibt. Dabei muss man aber bedenken, dass sich die Kostenverteilung nicht aus dem einfachen Wortlaut des Rechtsbegehrens einerseits und des Dispositivs andererseits ergibt, sondern dass sowohl Rechtsbegehren als auch Dispositiv anhand der Klage- bzw. Urteilsbegründung ausgelegt werden müssen. Ergibt sich aus der materiellen Rechtslage, dass das Urteil auf Leistung Zug um Zug zu lauten hat, so ergibt sich aus der Klagebegründung, welche Partei den Prozess verursacht hat.

Fazit: Das Rechtsbegehren hat immer auf unbedingte Leistung zu lauten. Ist jedoch der Fall gegeben, dass der Beklagte die Einrede d.n.e.V. erhoben hat, so muss sich aus der Klagebegründung ergeben, dass der Kläger alle Voraussetzungen erfüllt hat, damit die Klage auf Leistung Zug um Zug gutgeheissen werden kann. Vollstreckt werden kann, wie wir sehen werden, nur die vom Kläger geforderte Leistung, nicht auch die von ihm an den Beklagten zu erbringende Leistung.

Ein Rechtsbegehren auf Leistung Zug um Zug wäre nur dann angebracht, wenn die Leistung Zug um Zug einem Anspruchsbegriff entspräche und als solcher in Rechtskraft erwüchse. Das ist aber, wie wir oben gesehen haben, nicht der Fall (8).

Die Zug-um-Zug-Leistung ist nicht Inhalt der Forderung, sondern Abwicklung des Vertrages bzw. Art der Vollstreckung. Mit dem Rechtsbegehren kann aber nur gegenüber dem Beklagten etwas gefordert werden. Wie das Urteil zu vollstrecken ist, haben die Vollstreckungsorgane zu bestimmen und darf nicht Inhalt des in materielle

Rechtskraft erwachsenden Dispositivs sein.

III. Zuständigkeit

1. Die Frage nach dem Gerichtsstand kann nicht einheitlich beantwortet werden, sondern hängt davon ab, was für ein Anspruch geltend gemacht wird. Im folgenden werde ich nur auf jene Gerichtsstände eingehen, die im Rahmen dieser Arbeit ein besonderes Interesse abverlangen, insbesondere also Ansprüche aus Kauf- insbesondere auch Grundstückkauf- und Werkvertrag.

Der allgemeine Gerichtsstand (§ 2 ZPO) ist für alle Klagen vorgesehen, für die das Gesetz nicht einen besonderen Gerichtsstand vorbehält. Gemäss § 6 Abs. 2 ZPO sind "Klagen auf Uebertragung von Grundeigentum... und andere Klagen..., die mit einem Grundstück im Zusammenhang stehen" dort einzureichen, "wo das Grundstück im Grundbuch aufgenommen ist oder aufgenommen wäre" (§ 6 Abs. 1 ZPO). Analog zu § 6 ZPO für Grundstücke ist der Gerichtsstand für bewegliche Sachen am Ort der beweglichen Sache statuiert (§ 7 ZPO). Dies gilt in beiden Fällen nur für Klagen über dingliche Rechte. Klagen auf Erfüllung von Verträgen aber sind immer persönliche Ansprüche (9), auch wenn es sich um Grundstücke oder beschränkt dingliche Rechte handelt, denn es wird "ein obligatorischer Anspruch auf Verschaffung des dinglichen Rechtes geltend gemacht...." (10).

Für synallagmatische Verträge lässt sich somit feststellen, dass Klagen auf Erfüllung immer am allgemeinen Gerichtsstand, d.h. am Wohnsitz des Beklagten, zu erheben sind (11).

2. Sachliche Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte

a) Streitwertberechnung

Welches von verschiedenen ordentlichen Gerichten zuständig ist, bestimmt sich nach Massgabe des Streitwertes. "Der Streitwert richtet sich nach dem Rechtsbegehren des Klägers..." (12), "der Streitwert der Widerklage wird mit demjenigen der Hauptklage zusammengerechnet..." (13). "Geht die Klage nicht auf Geldzahlung, ist der Wert massgebend, welchen die Parteien dem Streitgegenstand übereinstimmend beilegen" (14).

Der Streitwert bei Klage auf Erfüllung aus synallagmatischen Verträgen lässt sich meistens sehr leicht feststellen, da einer der beiden Vertragsansprüche (15) im Normalfall eine Geldforderung ist (16).

Einzig fraglich kann sein, ob bei Klagen auf Erfüllung aus gegenseitigen Verträgen die Gegenleistung den Streitwert beeinflusst, soweit diese noch nicht erbracht worden ist. Dass der Wert der Gegenleistung nicht vom Wert der eingeklagten Leistung abgezogen werden kann, ist einleuchtend, da ja sonst kein Streitwert mehr gegeben wäre (17).

Die gegensätzliche Lösung wäre, dass bei noch nicht erbrachter Gegenleistung der Wert jener zum Streitwert hinzugezogen würde. Dies ist zumindest auf kantonaler Ebene der Fall, wenn die Gegenleistung mittels Widerklage gefordert wird (18).

Das Gesetz hat die Frage selbst beantwortet, indem sich der Streitwert nach dem Rechtsbegehren des Klägers richtet (19), d.h. dass "für die Bestimmung des Streitwertes im allgemeinen das Interesse des Klägers an der Gutheissung des von ihm geltend gemachten Anspruches massgebend" sei (20). Diese bundesgerichtliche Formulie-

nung scheint m.E. eine subjektive Streitwertberechnung zuzulassen, wobei es dem Richter freisteht, eine offensichtlich übersetzte Streitwertangabe zu berichtigen (21). Die subjektive Streitwertberechnung sollte zu einem Wert führen, der dem bezahlten Preis entspricht.

Im übrigen umschreibt das Rechtsbegehren den Streitgegenstand (22) (23) (24). Der Streitgegenstand seinerseits ist Grundlage der Streitwertberechnung. Streitgegenstand bei der Leistungsklage ist nicht der Vertrag an sich, sondern nur ein Vertragsanspruch, also kann auch nur er den Streitwert bestimmen, nicht auch der Anspruch auf die Gegenleistung.

b) Keine Streitwerterhöhung auf Grund der Einrede des n.e.V.

In seinen kritischen Erläuterungen zu BGE 94 II 263 fragt Kummer, ob die Einrede des n.e.V. zuständigkeitsbegründend sei (25). Zuständigkeitsbegründend kann nur in dem Sinne verstanden werden, als der Gegenstand der Einrede eine Streitwerterhöhung mit sich bringen würde.

Würde die Einrede des n.e.V. zuständigkeitsbegründend sein, so hätte das weitreichende Folgen, u.a. für die Beweislastverteilung, die Rechtskraft und die Rechtsmittel, weil die Einrede dann gleich behandelt würde, wie eine gleichlautende Widerklage und ebenfalls zu einem Vollstreckungstitel führen würde.

Das Bundesgericht verlangte von Bundesrechts wegen bei Erhebung der Einrede d.n.e.V. eine bedingte Verurteilung (26). Dafür verlangte es eine genaue Abklärung von Forderung und Gegenforderung. Dabei stellte es offensichtlich die Einrede d.n.e.V. und des Retentionsrechts auf

die gleiche Ebene, verlangte in beiden Fällen Beweis der zu sichernden Forderung durch den Einredeerhebenden (27). Aus keiner Stelle des Entscheids geht hervor, dass die Einrede zuständigkeitsbegründende Wirkung haben soll. "Die einzig zweckmässige, mit der Interessenlage der Parteien vereinbare Lösung besteht.... darin, dass die Vorinstanz ... die umstrittenen Ansprüche feststellt und, falls sie ganz oder teilweise begründet sind, ein beschränktes Leistungsurteil fällt" (28). Daraus ergibt sich nur, wie das Gericht zu einem bedingten Urteil kommt bzw. was der Kläger zu leisten habe, um die Bedingung zu erfüllen. Auf Gleiches deutet hin, wenn das Bundesgericht verlangt, dass "Bestand und Höhe der streitigen Forderungen abzuklären sind" (29). Beim Urteil auf Leistung Zug um Zug müssen immer vorgängig Bestand und Höhe der streitigen Forderungen abgeklärt werden, unabhängig von der Lösung der Frage, ob die Einrede aus Art. 82 OR zuständigkeitsbegründend sei. In diesem Punkt scheint mir denn die Kritik Kummers am Entscheid ungerechtfertigt zu sein.

Abgesehen davon ist es Aufgabe der Kantone, die zuständigkeitsbegründenden Elemente für ein gerichtliches Verfahren zu bestimmen (30). Aus der ZPO geht nicht hervor, dass die Einrede zuständigkeitsbegründend sei bzw. dass sie zu einer Erhöhung des Streitwertes führe. Allerdings könnten die Kantone eine Einrede, insbesondere die Einrede d.n.e.V. als zuständigkeitsbegründendes Element bestimmen.

IV. Die Geltendmachung und Berücksichtigung der Einrede des nicht erfüllten Vertrages im Prozess

1. Erfordernisse des Prozessrechts

a) Allgemeines

Gemäss § 114 ZPO haben die Parteien alle Angriffs- und Verteidigungsmittel, d.h. Anträge zur Sache, Tatsachenbehauptungen, Einreden und Bestreitungen bis zum letzten Vortrag bzw. bis zur letzten Rechtsschrift vorzubringen. Später sind sie damit ausgeschlossen, sofern nicht eine der Ausnahmen von § 115 ZPO Platz greift. Die in § 114 ZPO ausgedrückte Eventualmaxime wird in Zürich ziemlich stark durch das Novenrecht in den Rechtsmittelinstanzen eingeschränkt, d.h. dass bei rekurs- und berufungsfähigen Entscheiden auch nachträgliches Vorbringen im Rahmen des Novenrechts zulässig sind (vgl. § 267 und § 278 ZPO).

Anträge zur Sache, Tatsachenbehauptungen, Einreden und Bestreitungen können im Urteil jedoch nur insoweit berücksichtigt werden, als sie substantiiert sind. Negativ formuliert bedeutet dies, dass nicht substantiiertes Parteivorbringen im Urteil keine Berücksichtigung finden kann.

b) Substantiierungspflicht

Die Substantiierungspflicht ist Teil der Verhandlungsmaxime. Sie besagt, dass eine Klage, mit der ein Recht geltend gemacht wird, nur dann gutgeheissen werden darf, wenn die Partei alle jene Tatsachen vorgetragen hat, die notwendig sind, damit die Klage gutgeheissen werden kann, d.h. die Partei muss alle jene Tatsachen vortragen, die, unter den gesetzlichen Tatbestand subsumiert, die verlangte Rechtsfolge ergeben (31). Vor allem muss die Partei jene Tatsachen vortragen, die ihre Anträge begründen, wobei ihre Anträge einer gesetzlichen Rechtsfolge zu entsprechen haben.

Ein Antrag ist somit schon dann mangelhaft substantiiert, wenn es dem Richter nicht möglich ist, diesen Antrag unter eine gesetzliche Rechtsfolge zu subsumieren. Gleiches gilt auch für Einreden und Bestreitungen: undifferenzierte (= nicht substantiierte) Einreden und Bestreitungen kann der Richter dem Urteil nicht zugrunde legen.

2. Geltendmachung von Einreden

a) Ausübung der Einrede

Wie wir oben festgestellt haben, sind Einreden zwar keine Gestaltungsrechte, stehen diesen aber doch sehr nahe. Die Geltendmachung erfolgt durch Willenserklärung, wobei die Abgabe der Willenserklärung erst im Prozess selbst notwendig ist.

Bei Einreden, die zur Leistungsverweigerung berechtigen, genügt es, wenn der Einredoberechtigte die Leistung verweigert, wobei sich aus seiner Weigerung nicht ergeben darf, dass er seine Leistungspflicht überhaupt bestreitet (32). Unter diesen Voraussetzungen ist es zweifellos auch zulässig, wenn sich der Berechtigte gleichzeitig mit der Leistungsverweigerung auf sein Leistungsverweigerungsrecht beruft, zumindest in konkludenter Weise (also durch Willensbetätigung).

Wenn aber eine Leistungsverweigerung zulässig ist, ohne dass der Berechtigte sich auf sein Recht berufen muss, so muss - auf Art. 82 OR bezogen, - daraus gefolgert werden können, dass dem Anspruch des Gläubigers schon von allem Anfang an eine Beschränkung inhärent ist, wobei diese Beschränkung allerdings erst ersichtlich wird, wenn der Schuldner seine Leistung verweigert.

b) Berücksichtigung der Einrede im Prozess

Bei der Berücksichtigung von Einreden im Prozess ist vorab festzuhalten, dass kraft der derogatorischen Wirkung des Bundesprivatrechts das Prozessrecht keine Vorschriften aufstellen darf, welche die Verwirklichung des Bundesprivatrechts verunmöglichen oder erschweren (33). Das bedeutet u.a. auch, dass das Prozessrecht für die Gültigkeit von Rechtsgeschäften keine besonderen Formen verlangen darf, die nicht schon vom materiellen Recht vorgeschrieben sind.

Zu Diskussionen Anlass hat die Frage gegeben, ob eine Einrede, die vor bzw. ausserhalb des Prozesses ausgeübt worden ist, im Prozess berücksichtigt werden muss, auch wenn da keine neuerliche Einredeausübung erfolgt. Nikisch (34) und Esser (35) vertreten die Ansicht, dass der Beklagte sich im Prozess selber (nochmals) auf sein Leistungsverweigerungsrecht berufen müsse, andernfalls er antragsgemäss verurteilt werde. Larenz (36) verlangt Geltendmachung der Einrede, wobei jedoch nicht auszumachen ist, ob aussergerichtliche Geltendmachung der Einrede genüge.

Es ist nicht einzusehen, weshalb aussergerichtliche Geltendmachung der Einrede zu ihrer Berücksichtigung im Prozess nicht genügen sollte (auch Gestaltungsrechte müssen berücksichtigt werden, unabhängig davon, welche Partei sie vorträgt. Bei Gestaltungsrechten gilt allerdings das Dogma der Unwiderruflichkeit des Gestaltungsaktes und demzufolge auch die Unmöglichkeit, einen Gestaltungsakt zwei Mal vornehmen zu können). Wäre es dennoch so, so würde es nicht genügen, wenn der Kläger in seinem Vortrag darauf hinweisen würde, der Beklagte habe die Einrede ausgeübt. Damit würde das Prozessrecht nicht nur die Verwirklichung des Privatrechts in erhebli-

cher Weise erschweren, sondern gleichzeitig läge auch eine Ausnahme vom Grundsatz der Verhandlungsmaxime vor (37). Die Verhandlungsmaxime besagt, dass die Parteien dem Gericht das Tatsächliche des Streitfalles vorzutragen haben (38), wobei es unerheblich ist, welche Partei eine rechtserhebliche Tatsache vorträgt.

Müsste der Beklagte, obwohl er die Einrede ausserprozessual schon ausgeübt hat, diese im Prozess selbst nochmals vortragen, so wäre die Ausnahme von der Verhandlungsmaxime darin zu sehen, dass eine bestimmte Tatsache, die ausgeübte Einrede, nur vom Einredoberechtigten vorgetragen werden kann, währenddessen gemäss Grundsatz beide Parteien diese Tatsache vortragen können.

Will man jedoch nicht von einer Ausnahme von der Verhandlungsmaxime ausgehen, so muss man annehmen, dass die Ausübung des Einrederechts nur im Prozess zulässig ist. Diese Annahme würde gegen die derogatorische Kraft des Bundesprivatrechts verstossen, wonach das Prozessrecht die Verwirklichung des materiellen Rechts weder verunmöglichen noch erschweren darf. Ergäbe sich aber aus dem Prozessrecht, dass die Einrede ausserprozessual nicht ausgeübt werden kann, so würde dies eine erhebliche Erschwerung für die Verwirklichung des materiellen Rechts bedeuten.

Aus den genannten Gründen schliesse ich mich der Ansicht Jahrs (39) an, wonach die Einrede ausserprozessual ausgeübt und als Tatsachenmaterial auch vom Einredegegner vorgetragen werden kann.

Demnach ist davon auszugehen, dass die ausserprozessual ausgeübte Einrede rechtswirksam ist. Zur Berücksichtigung der Einrede im Prozess müssen zwei Voraussetzungen erfüllt sein:

1. Die Ausübung der Einrede muss den Erfordernissen des materiellen Rechts genügen und

2. Die Ausübung der Einrede muss den Erfordernissen des Prozessrechts genügen.

a) Die Erfordernisse des materiellen Rechts:

Als subjektives Recht muss der Beklagte die Einrede ausüben, damit sie im Urteil Beachtung findet (40). Die Ausübung der Einrede erfolgt gleich wie die Ausübung von Gestaltungsrechten: es muss eine Einredeerklärung vorliegen, die an die Person gerichtet ist, der gegenüber die Einrede gelten soll (41). Willensbetätigung genügt m.E. zur Einredeausübung, auch wenn für die Gestaltungsrechte Ausübung nur durch Willenserklärung möglich ist (42).

b) Die Erfordernisse des Prozessrechts werden von der Verhandlungs- und Eventualmaxime bestimmt: Vorbringen spätestens im letzten mündlichen Vortrag bzw. in der letzten Rechtsschrift im schriftlichen Verfahren (Eventualmaxime) und die Substantiierung (Verhandlungsmaxime). Aus der Substantiierungspflicht ergibt sich, dass eine ausserprozessual ausgeübte Leistungsverweigerung im Prozess nicht unbedingt berücksichtigt werden kann, wenn der Berechtigte seine Leistungsverweigerung nicht substantiiert bzw. jene Tatsachen nicht behauptet hat, aus denen sich sein Recht ergibt (43). Insofern wird das ausserprozessual ausgeübte Leistungsverweigerungsrecht im Prozess nicht berücksichtigt, wenn es vom Berechtigten im Prozess nicht substantiiert wird. Erfolgte die Leistungsverweigerung jedoch schon ausserprozessual substantiiert bzw. muss dem Einredegegner aus den Erklärungen bzw. aus dem Verhalten des Einredoberechtigten klar sein, worauf das Leistungsverweigerungsrecht beruht, so

muss dies auch für den Prozess genügen.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass die ausserprozessual erhobene Einrede im Prozess nicht neu erhoben, sondern höchstens substantiiert werden muss. Soweit die Einrede schon ausserprozessual substantiiert ausgeübt wurde, kann sie gleich wie andere Tatsachen auch vom Einredegegner in den Prozess eingeführt werden.

V. Die Beweislast

1. Allgemein

Bestreitet der Beklagte die Klageforderung aus gegenseitigem Vertrag, so wird sich die Frage stellen, wer für welche Behauptungen die Beweislast trage.

Gemäss Art. 8 ZGB hat derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Negativ formuliert heisst das, dass derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache nachzuweisen hat, den die Folgen der Beweislosigkeit treffen. "Die Beweislast ist also das Risiko einer Partei, im Falle der Beweislosigkeit einer rechtserheblichen Tatsache im Prozess zu unterliegen" (44).

Dabei ist davon auszugehen, dass die Beweislast verteilt wird (45), d.h. dass ein Umstand nur von einer der beiden Parteien zu beweisen ist. Guldener sagt deutlich, dass es sich um eine echte Verteilung handelt, nicht dass eventuell beide Parteien für den gleichen Umstand die Beweislast treffe (45). Soweit eine Verteilung aus dem Gesetz nicht sicher zu entnehmen ist, "hat das Gericht auf dem Wege richterlicher Rechtsfindung über die Beweislast zu entscheiden" (46).

Vorerst ist zu untersuchen, was der Beklagte der Klagebegründung entgegenhalten kann. Er kann behaupten:

a) der Kläger habe seinerseits noch nicht erfüllt und könne vor der Erbringung seiner eigenen Leistung nicht auf die Leistung des Beklagten klagen.

b) der Kläger habe zwar geleistet, aber nicht vollständig.

c) die Forderung des Klägers sei umfangmässig zu gross.

d) der Kläger habe zwar geleistet, aber nicht jene Leistung aus dem Vertrag, aus dem er nun klage, sondern Leistung aus einem andern Vertrag.

e) der Kläger habe mangelhaft geleistet, und er, der Beklagte habe rechtzeitig Mängelrüge erhoben.

f) bei Gattungsware: der Kläger habe mindere Ware geliefert, und er verlange Bessertieferung, bevor er seinerseits der Forderung des Klägers nachkomme.

g) er habe bereits geleistet.

Einzig die unter a, b und d genannten Erwidern des Beklagten entsprechen der Einrede d.n.e.V.

Vorerst haben wir abzuklären, wer grundsätzlich bei Vertragsklagen die Beweislast zu tragen hat. Macht der Kläger aus einem Vertrag eine Forderung geltend, so hat er als rechtsbegründende Tatsache den Vertrag nachzuweisen. Konstitutiv klagebegründende Tatsache ist der Vertragsschluss, d.h. die gegenseitig korrespondierenden Willensäusserungen bezüglich der Leistungen jedes Vertragspartners (47). Beim Kauf- und Werkvertrag würde somit den Kläger die Beweislast bezüglich der Einigung des Kaufobjektes bzw. Werks und des Preises treffen. Der Beweis

umfasst alle vertragstypischen Elemente, die sog. essentialia negotii (48). Misslingt dem Kläger der Beweis eines dieser Punkte, so wird seine Klage abgewiesen, es sei denn, dass diese Tatsachen unbestritten sind.

Der oben unter lit. a genannte Fall bringt hinsichtlich der Beweislastverteilung keine Probleme. Wird die Erfüllung bestritten, so hat sie derjenige, der sie behauptet, zu beweisen (49).

Unerheblich ist in diesem Zusammenhang auch, ob der Beklagte behauptet, die gegen ihn eingeklagte Forderung sei zu hoch, es bestehe keine Forderung gegen ihn oder er habe mit dem Kläger keinen Vertrag geschlossen. Die Verteilung der Beweislast wird ja erst dann zum Problem, wenn gewisse Tatsachen bestritten sind. Bestreitet der Beklagte Bestand oder Umfang der gegen ihn geltend gemachten Forderung oder bestreitet er den Vertrag, so bestreitet er damit das Klagefundament bzw. jene Tatsachen, die vom Kläger bewiesen werden müssen.

Insbesondere diese letzte Feststellung verdient eine besondere Bemerkung: bestreitet der Gegner das rechtserzeugende Vorbringen des Klägers, indem er eine kleinere Leistung versprochen haben will, als der Kläger fordert, so bleibt die Beweislast beim Kläger (50).

Ist bei einem Kaufvertrag nur der Kaufpreis bestritten - behauptet also der Käufer einen tieferen Kaufpreis - so kann es nicht so gehalten werden, dass als unbestritten der vom Käufer zugestandene Kaufpreis gelte und den Verkäufer nur die Beweislast für seine Mehrforderung treffe. Es muss im Gegenteil so verfahren werden, dass dem Verkäufer die Beweislast für die gesamte

Kaufpreishöhe auferlegt wird; kann er den Beweis nicht erbringen, so ist seine Klage abzuweisen. Gelingt ihm der Beweis, so ist dem Käufer der Gegenbeweis für den von ihm behaupteten Kaufpreis zuzugestehen. Die Folgen der Gegenbeweistätigkeit des Käufers können zweifacher Natur sein: der Gegenbeweis kann nur darauf gerichtet sein, den Hauptbeweis zu zerstören oder er kann nebst Zerstörung des Hauptbeweises gleichzeitig zur Beweisführung für eine behauptete Tatsache dienen. Zerstört der Gegenbeweis nur den Hauptbeweis, so muss die Klage abgewiesen werden, vermag der Käufer nebst der Zerstörung des Hauptbeweises auch die eigene Behauptung zu beweisen, so muss die Klage mit der vom Käufer bewiesenen Behauptung gutgeheissen werden.

Ebenso verhält es sich, wenn der Beklagte Widerklage erhebt. Den Beklagten trifft für die widerklageweise geltendgemachte Forderung dieselbe Beweislast.

Beispiel: A klagt gegen B auf Bezahlung von 10'000.-- Franken für ein Auto Marke X. B erhebt Widerklage auf Herausgabe des Autos Marke X gegen Leistung von 8'000.-- Franken. So wie den Kläger die Beweislast für die klagebegründende Tatsache trifft, so trifft den Beklagten die Beweislast für die widerklagebegründende Tatsache, d.h. der Kläger muss nachweisen, dass er mit dem Beklagten einen Vertrag über ein Auto Marke X zum Preis von 10'000.-- Franken geschlossen hat, der Beklagte muss nachweisen, dass er mit dem Kläger einen Vertrag über ein Auto Marke X zum Preis von 8'000.-- Franken geschlossen hat. Er muss die widerklagebegründenden Tatsachen beweisen, soweit sie bestritten sind. Wenn nun also der Beklagte als Widerkläger einen Vertrag mit 800

Eigenleistung behauptet, der Kläger mit 1000 Beklagten-Leistung, so müsste demnach den Kläger die Beweislast für 1000 und nicht 800, den Beklagten für 800 und nicht 1000 Eigenleistung treffen (51).

Gleich verhält es sich, wenn der Beklagte behauptet, eine Geldleistung nicht als Darlehen, sondern als Schenkung erhalten zu haben. Er bestreitet damit die klagebegründenden Tatsachen bezüglich seiner eigenen Vertragsleistung, woraus sich für diese Tatsachen die Beweislast des Klägers ergibt (52).

Zu lit. e oben: der Beklagte erhebt Mängelrüge. Damit bestreitet er nicht die Erfüllung durch den Kläger, sondern er behauptet, es sei schlecht erfüllt. Wer Mängelrüge erhebt, "trägt den Beweis für die Rechtszeitigkeit der Rüge, die Mängel und ihr Vorliegen zur Zeit des Uebergangs von Nutzen und Gefahr" (53).

Zu lit. f oben: Durch Berufung auf Art. 206 OR behauptet der Beklagte Nichterfüllung. Die Beweislastverteilung gestaltet sich gleich wie bei der Einrede d.n.e.V. (54).

Zu lit. g: Der Beklagte behauptet eine Tatsache (Leistung), aus der er Rechte (Erfüllung) im Sinne von Art. 8 ZGB ableitet. Es ist dies eine rechtsaufhebende Tatsache, für die er die Beweislast trägt (55).

2. Im Besonderen: Beweislastprobleme bei Erheben der Einrede des nicht erfüllten Vertrages

Erhebt der Beklagte die Einrede d.n.e.V., so übt er ein Recht aus, das aufgrund gewisser Tatsachen gegeben ist. Gemäss Art. 8 ZGB müssen jene Tatsachen bewiesen werden, aus denen Rechte abgeleitet werden. Das sind:

a) das Vorliegen eines zweiseitigen Vertrages (56)

b) das Vorliegen des Gegenseitigkeitsverhältnisses (57), d.h. dass die eingeklagte Leistung mit der Einredeleistung korrespondiert. Keine derartigen Gegenseitigkeitsverhältnisse bestehen etwa zwischen Hauptleistungen und Nebenleistungen aus akzessorischen Rechten (58).

3. Das Vorliegen eines zweiseitigen Vertrages

Der Kläger kann z.B. eine Leistung aus einseitigem Vertrag fordern. Der Beklagte behauptet, es handle sich nicht um eine Schenkung, sondern um einen Tausch. Damit bestreitet er das Klagefundament: dem Kläger ist für das Vorliegen eines Schenkungsversprechens die Beweislast zu auferlegen. Das Vorliegen eines zweiseitigen Vertrages ergibt sich somit immer schon aus der Klagebegründung; fordert der Kläger aus einem einseitigen Vertrag, so bestreitet der Beklagte immer das Klagefundament, wenn er behauptet, es liegt ein synallagmatischer Vertrag vor (59).

Zu lit. b: Der Beklagte kann behaupten, die Forderung, die eingeklagt werde, sei zwar nicht aus gegenseitigem Vertrag entstanden, aber er und der Kläger hätten miteinander vereinbart, dass die Leistungen aus verschiedenen Verträgen zueinander im Austauschverhältnis stehen sollen (60). Diesfalls trifft den Beklagten die Beweislast für das Gegenseitigkeitsverhältnis zwischen den Leistungen aus gegenseitigen Verträgen (61), da er eine vom ergänzenden Vertragsrecht abweichende Vereinbarung behauptet (62).

Analog dazu liegt die Beweislast beim Kläger, wenn er zwar aus gegenseitigem Vertrag klagt, aber abweichend

vom dispositiven Recht behauptet, es sei Vorleistungspflicht vereinbart oder der Beklagte habe ihm Stundung gewährt (63).

VI. Säumnisverfahren

Gemäss §§ 129/130 ZPO wird bei Säumnis des Beklagten angenommen, er anerkenne die tatsächlichen Klagegründe und verzichte auf Einreden. Einreden jedoch, die der Beklagte schon ausserprozessual geltend gemacht hat (sog. materiellrechtliche Einreden) müssen im Prozess berücksichtigt werden, sofern sich deren Existenz aus dem klägerischen Vortrag ergibt. Diesfalls gehört der Einredetatbestand bzw. dessen Entkräftung durch den Kläger sogar zum Klagegrund.

Der Beklagte ist mit seiner Einrede sicher dann ausgeschlossen, wenn diese - auch wenn er nicht säumig wäre - dem Urteil nicht zugrunde gelegt werden könnte. Das ist dann der Fall, wenn er die Einrede vorprozessual nicht ausgeübt hat oder wenn er die Leistung zwar verweigert, das Recht zu dieser Leistungsverweigerung aber nicht genügend substantiiert hat.

Nachdem bereits festgestellt ist, dass die Einrede aus Art. 82 OR zwar eine prozessuale Einrede ist, die aber auch ausserprozessual ausgeübt werden kann, steht ausser Frage, dass die ausserprozessual ausgeübte, vom Kläger in den Prozess eingeführte Einrede im Urteil Beachtung finden muss, ohne dass sich der Beklagte ausdrücklich darauf berufen müsste (64).

Im Falle, wo sich aus den Akten ergibt, dass der Beklagte seine Leistungsverweigerung auf Art. 82 OR grün-

det, kann die Klage nur gutgeheissen werden, wenn der Kläger nachweist, dass er seine Leistungspflicht erfüllt hat. Denn die einmal ausgeübte Einrede kann zwar widerrufen werden, muss jedoch bei gleichbleibender Sachlage nicht erneuert werden, sondern bleibt weiterbestehen, bis ihr Entstehungsgrund wieder wegfällt.

Dass dem Kläger der Nachweis seiner Leistungspflicht obliegt, kann nicht bedeuten, dass er Beweismittel anerbieten muss, die dartun, dass er erfüllt hat. Es greifen also nicht die Beweisvorschriften des Offizialverfahrens Platz.

Gemäss §§ 129/130 ZPO hat der Kläger nur die Behauptung aufzustellen, dass er erfüllt habe. Ohne Aeusserung des Beklagten wird angenommen, dass er diese Behauptung des Klägers, die zu den notwendigen Klagegründen gehört, anerkennt. Als unbestritten gebliebene Behauptung hat sie sodann als bewiesen zu gelten. Bestehen für das Gericht jedoch an der Richtigkeit unbestritten gebliebener Behauptungen ernsthafte Zweifel, so hat es diese nicht gegen seine Ueberzeugung dem Urteil zugrunde zu legen, sondern gemäss § 131 Abs. 1 ZPO darf es auch diese Behauptungen zum Beweis verstellen (65).

In den Fällen, wo der Beklagte wegen Säumnis die Einrede d.n.e.V. unterlässt, nicht substantiiert oder der Behauptung des Klägers, inzwischen erfüllt oder hinterlegt zu haben, nicht widerspricht, wird ein unbeschränktes Leistungsurteil erfolgen.

Es sind jedoch auch im Säumnisverfahren Urteile möglich, die nur Zug um Zug gegen Gegenleistung vollstreckt werden. Sicher dann, wenn - vorbehältlich, dass die materiellrechtlichen Voraussetzungen gegeben sind - das Rechtsbegehren auf Leistung gerichtet ist und aus der Klagebegründung hervorgeht, dass Leistung Zug um Zug zu Gegenleistung

gemeint ist (66), oder der Kläger bei bestehender Einrede nicht darlegt, erfüllt oder mindestens hinterlegt zu haben.

VII. Rechtskraftfragen

Von materieller Rechtskraft spricht man, wenn ein Urteil für spätere Prozesse zwischen den gleichen Personen und ihren Rechtsnachfolgern verbindlich ist (67). Materiell rechtskräftig werden nur Sachurteile. Dabei umfasst die Rechtskraft jedoch nicht das Urteil als solches, sondern nur das Dispositiv (68). Materielle Rechtskraft bedeutet nicht, dass nicht nochmals über die gleiche Klage entschieden werden kann, sondern nur, dass nicht anders entschieden werden kann als beim ersten Entscheid (69).

Für die vorliegende Arbeit interessiert uns nur die materielle Rechtskraft beim Leistungsurteil. Das Dispositiv im Falle einer Leistungsklage beinhaltet nur das zu- oder aberkannte subjektive Recht (70). Dabei ist jedoch zu beachten, dass das Dispositiv i.e.S. nur eine Leistungspflicht zu- oder aberkennt, nicht aber ein subjektives Recht (71). Erst die Erwägungen des Gerichts ergeben, um welches subjektive Recht es sich handelt. Und dieses durch Auslegung der Erwägungen gewonnene Dispositiv unterliegt der Rechtskraft (72). Ich würde dies als Dispositiv i.w.S. betrachten (73).

Zum gleichen Ergebnis wie durch Erweiterung des Dispositivs im oben beschriebenen Sinn kann man auch durch Erstreckung der Rechtskraft auf die Entscheidungsgründe, jedoch immer nur im Zusammenhang mit der im Dispositiv zugesprochenen oder verneinten Leistungspflicht, gelangen (74), wobei unter Entscheidungsgründen hier nur diejenigen zu verstehen sind, die den beurteilten Anspruch

näher qualifizieren (75). Ob es sich um eine Erstreckung der Rechtskraft im beschriebenen Sinn oder eine Erweiterung des Dispositivs handelt, scheint mir eine akademische Frage zu sein, deren Beantwortung keine grossen Früchte trägt.

Dass die rechtliche Einordnung der Leistung für ein späteres Verfahren bindend sein soll, ist in Lehre und Rechtsprechung beinahe unumstritten, der Zwist beginnt erst beim Umfang der 'restlichen Einordnung'. Sollen nur typische Rechtsgründe oder auch spezielle, auf den konkreten Fall bezogene Rechtsgründe der Rechtskraft fähig sein?

Wie auch immer diese Frage beantwortet werden mag, so ist doch darauf hinzuweisen, dass die Rechtskraft sich immer nur auf den rechtlich eingeordneten Anspruch erstreckt, nicht aber auf die rechtliche Einordnung als solche. Von der Rechtskraft erfasst ist beim Leistungs-^{urteil} somit nur der rechtlich eingeordnete Anspruch, also etwa der Vertragsanspruch, nicht aber die Gültigkeit des Vertrages als solche. Daraus folgt, dass der Richter in einem späteren Verfahren zwar daran gebunden ist, dass ein Anspruch aus Vertrag besteht, nicht aber, dass dieser Vertrag selbst aus dem sich der Anspruch herleitet, auch besteht. Da kann er durchaus zum Ergebnis gelangen, der Vertrag sei ungültig (76).

Die Begründung für diese enge Rechtskraftauf-fassung sucht man oft in der sachlichen und funktionellen Zuständigkeitsordnung (77). Wird nur ein Teilbetrag einer Forderung eingeklagt, für die erst- und letztinstanzlich der Friedensrichter zuständig ist, so kann dessen rechtliche Beurteilung für das Bundesgericht, das als Rechts-

mittelinstanz in einem zweiten Verfahren über den Restbetrag entscheidet, nicht massgebend sein (78). Dieses Beispiel kann schon deshalb nicht überzeugen, weil ein derartiger Fall wohl nur selten anzutreffen ist. Schwere-
rer wiegt das Argument, wenn im ersten Verfahren (über eine Teilleistung) die oberste kantonale Instanz entschieden hat, im zweiten Verfahren das Bundesgericht. Kein Argument schliesslich ist es, wenn in beiden Verfahren das gleiche Gericht als oberste Instanz tätig wird.

Sowohl Guldener (79) als auch Walder (80) schwächen diese zu enge Rechtskrafterstreckung ab, indem sie eine Anwendung im Rahmen des Vernünftigen verlangen. Dabei scheint Walder den Ansatz Guldener's ein bisschen mehr in den Vordergrund stellen zu wollen, indem er dieser Anwendung 'im Rahmen des Vernünftigen' ein eigenes Unterkapitel gewidmet hat (81).

2. Grundsatz: Keine Erstreckung der Rechtskraft auf Entscheidungsgründe

Was durch § 191 ZPO angeordnet wird, - dass nur die "Anordnungen und Feststellungen im Dispositiv eines Urteils" materiell rechtskräftig werden, ist herrschende Meinung. M.a.W. haben Urteilsgründe an der Rechtskraft prinzipiell keinen Anteil.

Dazu ist zunächst auf die Abfassung eines Urteils hinzuweisen. Zu den wesentlichsten Bestandteilen einer Urteilsredaktion gehören: 1. Das Rechtsbegehren (die Rechtsfragen), 2. Sachverhalt, 3. Prozessualer Verlauf, 4. Anträge der Parteien, 5. Erwägungen (prozessuale, materielle) und 6. das Dispositiv (82). Das Dispositiv ist jener Teil des Urteils, der dem Satz: "Demnach erkennt das Gericht" folgt. Heisst das Gericht eine Klage einfach gut oder weist es sie

einfach ab, so muss sich aus den Erwägungen ergeben, wie das Dispositiv zu lauten hat. Dabei können vom Dispositiv nur jene Teile des Urteils erfasst werden, die direkt den Klageantrag beantworten und sind umgekehrt Gründe alle jene Feststellungen, "aus denen das Gericht im Wege des logischen Schlusses die Antwort auf den Klageantrag gewinnt" (83). Enthält das Dispositiv ausnahmsweise einmal Urteilsgründe, so nehmen diese an der Rechtskraft nicht Anteil, gleich wie im umgekehrten Fall, d.h. in Fällen, wo ein Dispositiv fehlt oder unvollständig ist, aus den Entscheidungsgründen entnommen werden muss, was ins Dispositiv gehört.

M.a.W. werden materiell rechtskräftig nur die zu- oder aberkannten Rechtsfolgen - ein subjektives Recht, nicht aber die notwendigen Subsumtionstatbestände.

Das führt zu folgendem Ergebnis: A klagt gegen B auf Vertragserfüllung. Seine Klage wird abgewiesen. Materiell rechtskräftig wird nur, dass A keine Erfüllung aus Vertrag fordern kann, nicht aber, dass der Vertrag selbst nicht bestehe, auch wenn dies in den Erwägungen so steht. Dennoch steht einer zweiten Klage auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung die Einrede der abgeurteilten Sache entgegen (84).

Wird im umgekehrten Fall eine vertragliche Leistung zugesprochen, "so ist dies als Vorfrage massgebend, wenn sich die Frage des Verzuges stellt" (85). Dass rechtskräftig eine vertragliche Leistung zugesprochen wurde, ist an sich für die Frage des Verzuges irrelevant; relevant ist nur, dass ein Vertrag besteht, der nicht rechtzeitig erfüllt wurde. Klagt nun aber beim gleichen Vertrag der Vertragsgegner seine Leistung ein, so soll

die Tatsache, dass dem Gegner die vertragliche Leistung zugesprochen wurde, als Vorfrage nicht mehr massgebend sein? So könnte u.U. folgendes bizarres Ergebnis entstehen: A klagt gegen B auf Leistung aus Vertrag. B erhebt Widerklage auf Verzugszins aus gleichem Vertrag. Bzgl. der Vertragsleistung, die den Verzug begründet, besteht bereits ein rechtskräftiges Urteil. Der Richter könnte nun einerseits dazu kommen, die Klage des A abzuweisen, da kein Vertrag bestehe, die Widerklage des B aber müsste er gutheissen, da die Vertragsleistung rechtskräftig bereits zugesprochen wurde und nur sie für den Vertrag massgebend ist. Ist die Tatsache, dass eine vertragliche Leistung zugesprochen wurde als Vorfrage jedoch massgebend, so kann doch nur massgebend sein, dass ein Vertrag besteht. Die Rechtskraftlehre bestreitet diese Folge. Dass ein Vertrag bestehe, ergebe sich nur aus den Erwägungen.

Die h.L. bestreitet nicht, dass den Entscheidungsgründen bei der Bemessung der objektiven Grenzen der Rechtskraft eine entscheidende Bedeutung zukommt. Sie nehmen als Elemente der Entscheidung an der Rechtskraft teil; insofern kommt ihnen relative Rechtskraftwirkung zu (86).

Gehen wir wieder auf das Beispiel von Walder zurück (87). Wir können feststellen: als Vorfrage für die Beurteilung des Verzugs ist massgebend, dass eine gewisse Vertragsleistung zugesprochen wurde. Diese Vorfrage ist jedoch erst für die Berechnung des Verzugsschadens massgebend (88). M.a.W. kann der mit dem Verzugsschaden befasste Richter durchaus zum Ergebnis kommen, dass ein Verzugsschaden nicht vorhanden ist, weil kein Vertrag besteht, so ist für ihn der Umfang der im Erstprozess zugesprochenen Vertragsleistung massgebend. Mit diesem Schluss wäre m.E. der Rechtskrafttheorie auch Genüge getan.

Um eine ausnahmsweise Erweiterung der Rechtskraft auf die Entscheidungsgründe ist in letzter Zeit eine heftige Diskussion entbrannt.

Zum Teil wird eine Erweiterung der Rechtskraft nur in bestimmten Einzelfällen verlangt, z.B. bei Abweisung der Wandelungsklage wegen nicht vorhandener Mängel auf die Feststellung, dass keine Mängel vorhanden sind bzw. bei Abweisung der Scheidungsklage auf den beurteilten Sachverhalt, wenn Trennungsklage erhoben werden sollte (89). Zum Teil wird allgemeiner eine Erstreckung der Rechtskraft auf Entscheidungsgründe im "Rahmen des Vernünftigen" verlangt (90). Oder die ganze Rechtskraftproblematik wird durch Treu und Glauben umgangen (91).

Unter welchen Voraussetzungen eine Rechtskrafterstreckung auf Entscheidungsgründe zulässig sein sollte, versuche ich im Folgenden zu erklären.

3. Die Lehre: Objektive Rechtskraftgrenzen beim Urteil über eine Vertragsleistung aus gegenseitigem Vertrag

Die objektiven Rechtskraftgrenzen haben insbesondere auch Bedeutung für die Frage der Präjudizialität, d.h. für die Frage, inwieweit die im ersten Prozess getroffenen Feststellungen für den Zweitrichter als "materiellrechtliche Voraussetzungen des im Nachprozess umstrittenen Rechtsverhältnisses" (92) verbindlich sind. Dies betrifft nur beurteilte Fragen, im Leistungsprozess also nur die begehrte Leistung selbst, nicht aber den Vertrag als Rechtsverhältnis.

Eine andere Wirkung des rechtskräftigen Urteils ist die Unmöglichkeit, das Gegenteil des rechtskräftig

Festgestellten durch erneute Klage geltend zu machen: sog. Unvereinbarkeit. Dabei handelt es sich bei der Unvereinbarkeit nicht nur um die Unzulässigkeit der Feststellung des kontradiktorischen Gegenteils, sondern sie wirkt auch auf Rechtsverhältnisse, die miteinander "im Verhältnis der zweigliedrigen Disjunktion (sog. Alternative)" stehen (93). Auch diese Wirkung ist unerheblich für die Gegenleistung der beurteilten Leistung aus synallagmatischen Verträgen.

Dass bei gewissen Rechtsverhältnissen eine derartige Abgrenzung der Rechtskraft zu willkürlichen Ergebnissen (94) führen kann, hat als erster Zeuner in seiner Abhandlung über die Rechtskraft dargelegt. Bei seiner Suche nach den Prinzipien der Rechtskraftabgrenzung kommt er auf teleologische Sachzusammenhänge (95). Mit einer Rechtskraftabgrenzung auf Grund teleologischer Sachzusammenhänge würden sich die herkömmlichen Abgrenzungskriterien erübrigen.

Blomeyer (96), im Anschluss an Zeuners Theorien, will die Kriterien der Unvereinbarkeit und der Präjudizialität nicht zu Gunsten der teleologischen Sachzusammenhänge preisgeben, aber er sucht "die Präjudizialität als das Verhältnis einseitiger Abhängigkeit" auch auf die Präjudizialität als das Verhältnis "wechselseitiger Abhängigkeit" auszuweiten (97).

Der Kommentar Stein/Jonas (98) stimmt Zeuner soweit zu, dass die heute noch geltenden Abgrenzungskriterien bei der Rechtskraft zu eng sind. Sie sprechen sich aber gegen eine zu weit gefasste Abgrenzung im Sinne eines teleologischen Sachzusammenhangs aus und sehen die Erweiterung der Rechtskraftabgrenzung eher fallbezogen.

Gegen die Ausweitung der Rechtskraft im Sinne Zeuners ist auch Brox (99) auf Grund einer wörtlichen Auslegung von § 322 DZPO. Eine strikt-wörtliche Auslegung ist m.E. jedoch abzulehnen, umsomehr als der Grundsatz von Art. 1 Abs. 2 ZGB auch im Zivilprozessrecht Geltung hat. Brox begrüsst das Ergebnis Zeuners nur de lege ferenda (100).

Die schweizerische Literatur hat Zeuners Thesen bisher keine Beachtung geschenkt, m.E. zu Unrecht. Dennoch wurde ein kleiner Schritt zur Rechtskrafterstreckung auf Urteilsgründe gemacht, indem die Lehre eine Anwendung im Rahmen des Vernünftigen verlangt.

4. Das Prinzip des Vernünftigen

Guldener verwendet für die Rechtskrafterstreckung das Prinzip von Treu und Glauben (101). Danach ist eine neue Klage insbesondere dann ausgeschlossen, wenn durch sie ein Rechtsverhältnis negiert bzw. bejaht wird, dessen Bestand bzw. Nichtbestand notwendige Voraussetzung des ersten Urteils bildet. Konkret: wenn in einer ersten Klage ein Vertragsanspruch abgewiesen wird wegen Nichtbestehens des Vertrags, kann nicht mit einer zweiten Klage Schadenersatz wegen Nichterfüllung gefordert werden.

Die richterliche Begründung findet sich in einem deutschen Urteil (102): "Denn jedenfalls verbieten die Grundsätze von Treu und Glauben (...) der Klägerin, mit der einen Begründung den einen Teil des in Wahrheit einheitlichen Gesamtanspruchs, mit einer anderen die erste Begründung (und umgekehrt) ausschliessenden Begründung den andern Teil desselben einheitlichen Gesamtanspruchs zu verfolgen".

Rechtlich wird diese Sachlage häufig dem Verbot des *venire contra factum proprium* unterstellt (103). Dass der Versuch, derartige Situationen mit dem Prinzip von Treu und Glauben lösen zu wollen, misslingen könnte, zeigt Zeuner an einem Beispiel (104): "Die Partei, die über eine ihr aus einem gegenseitigen Vertrag gebührende Leistung ein rechtskräftiges Urteil erstritten hat, verteidigt sich gegenüber der Klage auf die Gegenleistung nur mit dem Einwand der Aufrechnung. Das Gericht hält die Gegenforderung für unbegründet, im Gegensatz zum Richter des Vorprozesses ist es jedoch der Ansicht, dass der der Klageforderung zugrundeliegende Vertrag wegen eines von Amtes wegen zu berücksichtigenden Umstandes (auf den sich die beklagte Partei nicht beruft) unwirksam sei, so dass die Klage abgewiesen werden müsse".

Hier würde eine *exceptio doli* in den luftleeren Raum stossen, da die beklagte Partei des Zweitprozesses sich nicht treuwidrig verhält (105). An diesem Beispiel zeigt sich überdies, dass hier das Prinzip von Treu und Glauben im Vergleich zu den Rechtskraftwirkungen eine Folge von diesen ist, m.a.W. sollten die Rechtskraftwirkungen auch ein Treu und Glauben widersprechendes Urteil verhindern. So muss der Ansatzpunkt eben bei der Rechtskraft gesetzt werden und nicht beim Prinzip von Treu und Glauben. Dass Treu und Glauben nicht im Brennpunkt stehen, lässt sich noch aus einem andern Grund sagen. Treuwidrig in derartigen Fällen ist, dass eine Rechtsposition eine andere Rechtsposition bestimmt, d.h. dass zwei Rechtspositionen nur in Bezug aufeinander ausgeübt werden. Dies soll nicht nur aussergerichtlich der Fall sein, sondern auch vor Gericht selbst. Durch die *exceptio doli* wird somit die Beziehung

wieder hergestellt, die nur fiktiv nicht besteht oder m.a.W. es wird eine Beziehung wieder hergestellt, wo eine solche effektiv schon besteht (106). Das ist unlogisch. Besteht schon eine Beziehung, kann sie nicht mehr hergestellt werden. Und eben diese Beziehung wird durch ein rechtskräftiges Urteil bestätigt. So ist nicht einzusehen, weshalb das Prinzip von Treu und Glauben herangezogen wird.

Ausserdem sprechen gegen eine Anwendung von Treu und Glauben noch weitere Gründe:

1. Die Frage, wann ein Zweitrichter an Erwägungen des Erstrichters gebunden ist, kann durch Treu und Glauben nur unbefriedigend beantwortet werden, da die Generalklausel keine generellen Lösungen anbieten kann. Das führt zu Rechtsunsicherheit.

2. Rechtskraftfragen durch das Prinzip von Treu und Glauben beantworten, führt zu einer Aushöhlung der Rechtskraftlehre (107). Die Kreise von Treu und Glauben und der Rechtskraft mögen sich überschneiden. Viele Rechtskraftfragen liessen sich mit dem Prinzip von Treu und Glauben lösen, doch beruht die Rechtskraftlehre auf eigenständigen Ueberlegungen (108).

Bezeichnend scheint mir, dass Walder in seinem Lehrbuch den Begriff von Treu und Glauben bei der Erstreckung der Rechtskraft auf Entscheidungsgründe nicht mehr verwendet (109), sondern eine Anwendung im Rahmen des Vernünftigen postuliert.

5. Die Anwendung der Rechtskrafterstreckung im 'Rahmen des Vernünftigen'

Sowohl Guldener als auch Walder versuchen, die Anwendung im Rahmen des Vernünftigen anhand eines Bei-

spiels zu erklären: wenn eine Partei ein Urteil auf Erfüllung eines gegenseitigen Vertrags erficht, so darf die Erfüllungsklage der andern Partei nicht mit der Begründung abgewiesen werden, der Vertrag, der im ersten Fall bejaht wurde, sei ungültig. Dass dies ein höchst unbefriedigendes Resultat wäre, ist offensichtlich. Um dieses zu vermeiden, versuchen die beiden Autoren, dies materiellrechtlich damit zu erklären, "dass in der Erwirkung eines die Erfüllungsklage gutheissenden Urteils materiell ein Anerkenntnis des gegenseitigen Vertrags erblickt werden kann". Dieser Begründung kann ich nicht beistimmen. 'Anerkenntnis des gegenseitigen Vertrags' muss als Genehmigung des gegenseitigen Vertrags verstanden werden. Eine solche kann aber nicht vorliegen, weil die Genehmigung einen ungültigen bzw. anfechtbaren Vertrag voraussetzt. Bei einem gültigen Vertrag stösst die Genehmigung ins Leere. Ein Anerkenntnis im prozessrechtlichen Sinne der Klageanerkennung ist schon wegen der Rollenverteilung nicht möglich.

Verfahrensrechtlich, meinen die beiden Autoren, dürfe die Rechtskrafttheorie nicht zu unmöglichen Ergebnissen führen. Mit der Anwendung der Rechtskrafterstreckung im Rahmen des Vernünftigen ist zwar ein Regulativ postuliert worden, dessen Handhabung auf das freie Ermessen des Richters angelegt ist. Nur mutet es sonderbar an, wenn einerseits die Rechtskraft ganz streng auf das Dispositiv beschränkt wird und andererseits eine Rechtskrafterstreckung im Rahmen des Vernünftigen angewendet werden soll. Soll die Rechtskrafterstreckung im Rahmen des Vernünftigen gehandhabt werden, so verwässert dies die Lehre, dass die Rechtskraft streng nur auf das Dispo-

sitiv beschränkt werde. Im Folgenden versuche ich deshalb, den Grundsatz der Anwendung im 'Rahmen des Vernünftigen' so einzuengen, dass er auch vernünftig gehandhabt werden kann.

Meine Arbeitshypothese ist, dass sich kein unmögliches (unvertretbares) Resultat ergebe. Unmöglich ist das Resultat dann, wenn in zwei verschiedenen Verfahren mit jeweils umgekehrten Parteirollen, in denen grundsätzlich analog bzw. nicht konträr entschieden werden sollte, nicht analog bzw. nicht konträr entschieden wird. Es muss sich somit um ein Rechtsverhältnis handeln, an dem zwei Rechtssubjekte beteiligt sind (110). Es müssen grundsätzlich zwei verschiedene Verfahren möglich sein, was natürlich nicht ausschliesst, dass beide Ansprüche auch im gleichen Verfahren geltend gemacht werden könnten, z.B. mittels Widerklage. Die Parteirollen müssen im zweiten Verfahren umgekehrt wie im ersten sein (111). M.a.W. müssen die beiden Prozessparteien je ein Mal Kläger und ein Mal Beklagter sein.

Grundsätzlich gleich bzw. nicht konträr entschieden werden soll, wenn es sich um ausgleichscharakteristische (112), korrespondierende (113) Rechtspositionen handelt. Für 'ausgleichscharakteristisch' halte ich eine Rechtsposition dann, wenn sie unlösbar miteinander verbunden einen Anspruch (114) und eine Verpflichtung beinhaltet. Korrespondierend sind die Rechtspositionen, wenn jeweils der Anspruch der einen Rechtsposition der Verpflichtung der andern Rechtsposition gegenübersteht.

In Fällen mit obigen Merkmalen (115), d.h. bei korrespondierenden Ausgleichszusammenhängen, soll die Er-

streckung der Rechtskraft auf die Entscheidungsgründe mit Vorbehalten zulässig sein.

a) Probleme der sachlichen und funktionellen Zuständigkeit

Wie schon oben bemerkt, darf durch diese erweiterte Rechtskrafterstreckung jedoch nicht die sachliche und funktionelle Zuständigkeitsordnung untergraben werden. Es darf nicht sein, dass eine untere Instanz die Entscheidung der oberen Instanz präjudiziert (116) (117), auch nicht, wenn es sich um ausgleichscharakteristische Rechtspositionen handelt. Wenn wir rein nur gerade von der Zuständigkeitsordnung ausgehen, so wird sie dann nicht mehr untergraben, wenn im ersten Prozess die gleiche (funktionell und sachlich) oder höhere Instanz entscheidet.

Dabei darf nicht massgebend sein, welche Instanz faktisch als letzte Instanz entschieden hat, sondern welche Instanz theoretisch gegebenenfalls als letzte Instanz hätte angerufen werden können.

Mir scheint, massgebend zu sein, dass die Rechtsmittelinstanz im ersten Prozess wenigstens theoretisch mit der Instanz des Zweitprozesses funktionell bzw. sachlich auf gleicher Stufe steht.

Gleichzeitig stellt sich das Problem des massgebenden Zeitpunktes der Streitwertberechnung für den theoretischen Rechtsmittelzug. Soll der Zeitpunkt der Urteilsfällung massgebend sein (118) oder der letzte Moment, wo noch Noven gebracht werden können oder gar der Zeitpunkt der Einreichung der Weisung bzw. des Eintritts der Rechtshängigkeit?

Die Problemstellung scheint mir nicht dieselbe zu sein wie beim Rechtsmittelzug. Dort geht es darum,

dass funktionell hohe Gerichte nicht eine Ueberlastung mit sog. 'kleinen' Prozessen haben. Hier entscheidend ist, worüber am Ende des Verfahrens ein rechtskräftiges Urteil vorliegt.

Eine einmal eingereichte Klage muss vom Gericht beurteilt werden, sofern sie nicht, auch nicht zum Teil, zurückgezogen oder anerkannt wird (119). Daraus folgt, dass über die der Klage zu Grunde liegende Forderung ein rechtskräftiges Urteil (120) vorliegen wird. Die mit Rechtskraftwirkung erledigte Klage betrifft also die gesamte Klageforderung, auch wenn der vom Gericht beurteilte Anspruch auf Grund einer Parteierklärung nur ein Teil der rechtshängig gewordenen Klageforderung ist.

Der theoretische Rechtsmittelzug sollte sich nicht daraus ergeben, was vor der zuletzt urteilenden Instanz noch streitig war, sondern aus dem Streitwert der rechtshängig gewordenen Klage; dazu gehört somit auch das, was durch Parteierklärung erledigt wurde. (Es handelt sich um eine analoge Anwendung der 'Perpetuatio fori'-Regel auf den Rechtsmittelweg).

Ein weiteres Problem, das sich bei der Rechtskrafterstreckung auf Entscheidungsgründe ergeben kann, ist die Erstreckung in sachlicher Hinsicht (121). Dass nicht generell alle Erwägungen der Rechtskraft unterliegen, ist klar. Es muss hier eine Grenze gezogen werden. Diese Grenze sollte bei den allgemeinen, allen gleichartigen Sachverhalten innewohnenden gemeinsamen Elementen liegen. M.a.W. könnte man die Rechtskraft auf die essentialia negotii, wie man sie im Vertragsrecht nennt, beschränken und zwar nur auf den Bestand der essentialia negotii, nicht etwa auch auf deren Umfang. Damit wird

das Mass der Sorgfalt bei der Prozessführung nicht übermässig strapaziert, denn was im ersten Prozess nicht essentielle negotii ist, kann es auch im zweiten Prozess nicht sein und umgekehrt. Dass aber der Prozess im ersten Verfahren weniger sorgfältig als im zweiten geführt wird, ist unwahrscheinlich, im Gegenteil: die Gegenpartei des ersten Prozesses wird sich hüten, einen negativen Prozessausgang zu bewirken (z.B. durch Negierung des Vertrages), wenn sie weiss, dass der Prozessausgang auch für sie entscheidende Folgen haben wird. Abgesehen davon wird damit auch dem Grundsatz von Treu und Glauben im Prozess Genüge getan, indem es den Parteien schwer gemacht wird, in zwei verschiedenen Prozessen Widersprüchliches zu behaupten.

In der Literatur wird unterschieden zwischen Bindung an die allgemeine und spezielle Qualifikation (des Anspruchs) (122). Aus den Erörterungen der Literatur und Rechtsprechung über die identische Leistung muss geschlossen werden, dass die schweizerische Lehre den 'Zweitrichter' an die allgemeine Qualifikation gebunden sehen will (123).

Wenn wir die beiden Ausdrücke der Bindung an die allgemeine Qualifikation und Bindung an die essentialia negotii vergleichen, so stellen wir fest, dass die beiden Begriffe identisch sind. Zwar deutet die allgemeine Qualifikation auf einen allgemeinen Begriff hin, nämlich dass beispielsweise nur festgestellt wird, ob es sich um einen Vertrags- oder Schadenersatzanspruch handelt, nicht aber, um welchen Vertragsanspruch es sich handelt.

Für die Feststellung, was unter allgemeiner Qualifikation verstanden wird, müssen wir die Lehren über die Identität der Klage heranziehen. Danach bestimmt sich die

Identität "der beurteilten Klage nach dem materiellen Anspruch, zu dem das Gericht Stellung genommen hat" (124). Daraus kann gefolgert werden, dass sich die allgemeine Qualifikation nicht nur auf einen Vertrag oder eine unerlaubte Handlung bezieht, sondern den Vertrag bzw. die unerlaubte Handlung noch individualisiert.

Zusammenfassend würde ich also eine Rechtskraft-erstreckung auf die Entscheidungsgründe im "Rahmen des Vernünftigen" als zu weit ablehnen. Rechtskrafterstreckung auf die in jedem Fall notwendigsten Entscheidungsgründe (*essentialia negotii* in ihrem Bestand) würde ich zulassen bei ausgleichscharakteristisch-korrespondierenden Rechtspositionen, sofern die Zuständigkeitsordnung dadurch nicht zersetzt wird und die Rechtspositionen einzeln geltend gemacht werden.

b) Folgerung für die synallagmatischen Verträge

Bei den synallagmatischen Verträgen stellt sich die Frage nach der Erstreckung der Rechtskraft auf Entscheidungsgründe nur, wenn die synallagmatischen Ansprüche nicht im gleichen Verfahren geltend gemacht werden. Beim Urteil auf Leistung und Urteil auf Gegenleistung (Klage auf Leistung-Widerklage auf Gegenleistung) ist eine Rechtskrafterstreckung nicht notwendig. Die Rechtskraft erstreckt sich auf die allgemeine Qualifikation der gegenseitigen Ansprüche, aber nur in Verbindung mit den gegenseitigen Ansprüchen. Klagt hingegen nur eine Partei ihren Vertragsanspruch ein, so erstreckt sich die Rechtskraft auf die *essentialia negotii* als solche in ihrem Bestand, d.h. auf die allgemeine Qualifikation, aber nicht absolut, sondern nur hinsichtlich des nicht klageweise geltend gemachten

synallagmatischen Anspruchs. Gleich wie bei der einseitigen Geltendmachung synallagmatischer Ansprüche ohne Einrede d.n.e.V. muss es sich verhalten, wenn die Einrede d.n.e.V. erhoben wird.

6. Stellungnahme zu BGE 94 II 263 ff. und Kritik Kummer

Kummer befürchtet, dass gemäss BGE 94 II 263 ff. auf Grund der Einrede aus Art. 82 OR nicht nur über die eingeklagte Forderung rechtskräftig entschieden werde, sondern auch über die durch Einrede in den Prozess eingeführte Gegenleistung. Es ist unumgänglich, dass bei einem Urteil auf Leistung Zug um Zug bestimmt wird, welches die bedingende Leistung ist, die erbracht werden muss, damit das Urteil vollstreckt werden kann. Indem das Bundesgericht dies feststellt (125), hat es nichts über die Rechtskraft dieser Feststellungen ausgesagt. Die Fragestellung Kummers scheint mir deshalb ungerechtfertigt zu sein.

IIIX. Beschwer

§ 51 Abs. 2 ZPO verlangt, dass "der Rechtsmittelkläger durch den angefochtenen Entscheid beschwert" sein muss. Damit meint das Gesetz die formelle Beschwerde (126). Formell beschwert ist der Rechtsmittelkläger, wenn zwischen seinen Anträgen in der Vorinstanz und dem Dispositiv eine Divergenz zu seinen Ungunsten besteht.

Darüber hinaus hat die Lehre den Begriff der materiellen Beschwerde erarbeitet. Eine solche ist gegeben, wenn die Partei in ihrer Rechtsstellung durch das Urteil schlechter gestellt ist als vor Urteilserlass (127). Im Regelfall liegt bei formeller Beschwerde gleichzeitig auch

eine materielle Beschwer vor. Fehlt die eine oder andere, ist diese Rechtsmittelvoraussetzung nicht ohne weiteres erfüllt (128).

Ausgangspunkt zur Lösung unseres Problems ist das Urteilsdispositiv bzw. jener Teil des Urteils, der in materielle Rechtskraft erwächst (129). Wie oben dargestellt, erwächst der Entscheid über den beurteilten Anspruch in materielle Rechtskraft, d.h. der Anspruch des Klägers sowie das diesem Anspruch zugrunde liegende Rechtsverhältnis, aber nur in Bezug auf den den beurteilten Anspruch bedingenden bzw. synallagmatischen Anspruch, d.h. den Anspruch des Beklagten. Eine formelle Beschwer ist gegeben, soweit das in materielle Rechtskraft erwachsene Dispositiv den Anträgen, - sei es des Beklagten, sei es des Klägers - , nicht entspricht. Wird dem Kläger eine geringere Leistung zugesprochen, als er beantragt hat, ist er formell beschwert, gleich wie der Beklagte, wenn dem Kläger mehr zugesprochen wird, als er zugestanden oder beantragt hat.

Gleichfalls weniger zugesprochen wird dem Kläger, wenn ihm statt des vorbehaltlosen Vollstreckungstitels dieser nur ausgestellt wird unter gleichzeitiger bzw. vorgängiger Erbringung seiner eigenen Leistung (130), denn damit wird ausgedrückt, dass seine Forderung noch nicht fällig ist, d.h. er nicht Leistung verlangen darf und der Schuldner Leistung nicht erbringen muss. Analoge Ausführungen liessen sich für den Beklagten machen, sofern statt auf Abweisung auf Leistung Zug um Zug erkannt wird.

Eine Beschwer des Beklagten muss dann vorliegen, wenn die Klage abgewiesen wird, weil kein synallagmatischer Vertrag bestehe. Damit wird der Bestand des Vertrages bezüglich der nicht eingeklagten Beklagten-Forderung materiell

rechtskräftig verneint (131), denn die Folge für den Beklagten ist, dass ihm bei einer Klage seinerseits auf Leistung aus gegenseitigem Vertrag die Einrede der res iudicata entgegengehalten werden kann, d.h. ihm so die Geltendmachung seines Gegenanspruchs aus demselben Vertrag zu Unrecht abgeschnitten wird.

Ebenso liegt eine Beschwer des Klägers vor, wenn zwar seine Klage gutgeheissen wird, allerdings als Klage aus synallagmatischem Vertrag und nicht aus andern von ihm beantragten Rechtsgründen (132).

Es geht in den angeführten Fällen nicht darum, ein Rechtsmittel zur Verfügung zu stellen, um die Erwägungen anzufechten. Wenn wir davon ausgehen, dass bei Klagen aus synallagmatischen Rechtsverhältnissen das Grundverhältnis - also das Bestehen des Vertrages an sich - auch in materielle Rechtskraft erwächst, so muss dafür auch eine Anfechtungsmöglichkeit vorgesehen sein und zwar nicht nur für den Beklagten, sondern auch für den Kläger.

Keine Beschwer liegt vor, wenn das Gericht den nicht vollstreckbaren Gegenanspruch umfangmässig falsch bestimmt hat, da diese Feststellungen nicht in materielle Rechtskraft erwachsen, sondern nur Teil der Erwägungen sind. M.E. kann auch nicht einmal von einer materiellen Beschwer gesprochen werden, weil keine der Parteien durch diese Ausführungen in ihrer Rechtsstellung irgendwie betroffen werden. Man könnte allerdings auch die gegenteilige Auffassung vertreten: beurteilt der Richter die Gegenleistung umfangmässig falsch, so wirkt sich das unmittelbar auf die Leistung aus, denn dem Kläger würde Leistung aus einem Vertrag zugesprochen, der so nicht abgeschlossen wurde (133).

IX. Die Gerichtskosten

Der Grundsatz, dass im Normalfall der unterliegenden Partei die Kosten zu auferlegen sind, ist in § 64 Abs. 2 ZPO statuiert. Die Kostenverteilung erfolgt nach dem Kausalitätsprinzip (134).

Antwort darauf, ob eine Partei unterlegen ist, bzw. wie weit sie unterlegen ist, ergibt ein Vergleich des Urteilsdispositivs in Verbindung mit den Erwägungen mit den Anträgen der Parteien. Dabei genügt es nicht, nur die Anträge des Klägers (=Klagebegehren) mit dem Urteil zu vergleichen, die Anträge des Beklagten müssen ebenfalls Berücksichtigung finden.

Vorerst eindeutig ist, dass der Kläger, wenn er auf unbedingte Leistung geklagt hat und nur ein Urteil auf Leistung Zug um Zug erstreiten konnte, mindestens zum Teil unterlegen ist (135). Formell eindeutig war die Rechtslage unter der alten Zivilprozessordnung: die Klage wurde auf Grund der Einrede d.n.e.V. als vorzeitig abgewiesen. Der Kläger unterlag nicht nur teilweise, sondern vollständig. Zwar wurde seine Forderung als grundsätzlich bestehend anerkannt, aber als für eine Leistungsklage verfrüht beurteilt. Der Prozessserfolg war gleich Null, weil der Kläger bei Fälligkeit der Forderung erneut eine Klage im ordentlichen Verfahren anstrengen musste (136).

Bei gleichem Sachverhalt ändert sich nun gemäss § 304 Abs. 2 ZPO das Ergebnis: zwar klagt der Kläger immer noch verfrüht, man gesteht ihm aber ein zum Teil gutheissendes Urteil zu; denn dieses Urteil bildet Vollstreckungstitel, sobald dem Kläger der Nachweis der eigenen Leistungserbringung bzw. -bereitschaft gelingt.

Geht die Klage auf unbedingte Leistung, beantragt der Beklagte aber Gutheissung nur auf Leistung Zug um Zug, so obsiegt der Beklagte zwar formell, es ist aber doch zu untersuchen, ob der Kläger in guten Treuen auf unbedingte Leistung geklagt hat, denn wenn "die unterliegende Partei sich in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst sah", kann vom Grundsatz von § 64 Abs. 2 ZPO abgewichen werden (137).

Was bedeutet im vorliegenden Fall, "sich in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst" sehen? Dies hängt von der materiellrechtlichen Situation ab. Bestreitet der Beklagte vor Prozessbeginn seine Leistungspflicht ohne Grundangabe, obwohl ihm die Leistung schon angeboten worden ist, so wird der Kläger eher unbedingte Leistungsklage erheben, als wenn der Beklagte schon vor Prozessbeginn die Einrede d.n.e.V. erhoben hat, ganz gleich, wie sich der Beklagte dann in der Klageantwort verhält. Hat sich der Beklagte vor Prozessbeginn auf Art. 82 OR berufen, so sollte es dem Kläger zuzumuten sein, auf Leistung Zug um Zug zu klagen (138), da er keinesfalls ein unbedingtes Leistungsurteil erfechten dürfte. Klagt er dennoch auf unbedingte Leistung und dringt der Antrag des Beklagten auf Leistung Zug um Zug durch, so ist dies einem gänzlichen Unterliegen des Klägers gleichzusetzen und sind ihm die gesamten Kosten zu überbinden (139).

Analog verhält es sich, wenn der Kläger auf Leistung Zug um Zug klagt und der Beklagte seine Leistungspflicht bestreitet. Wird der Beklagte durch Urteil zur Leistung Zug um Zug verpflichtet, so ist dies einem gänzlichen Unterliegen seinerseits gleichzustellen.

Hat der Kläger unbedingte Leistung verlangt, der Beklagte eine Leistungspflicht überhaupt bestritten, so unterliegen Kläger und Beklagter in gleicher Weise und sind die Kosten unter ihnen gleichmässig aufzuteilen. Eine Relativierung dieser Aufteilung würde sich ergeben, wenn eine der Parteien im Eventualstandpunkt die Leistung Zug um Zug beantragen würde.

Der auf unbedingter Leistung beharrende Kläger unterliegt im Hinblick auf die Kosten umso eher, als er mit einer berechtigten Einredeerhebung bzw. Geltendmachung der Einrede als Einwendung rechnen musste und obsiegt umso eher, als er entweder mit der Einrede selbst oder ihrer Berechtigung (140) nicht rechnen musste. Das gleiche gilt mutatis mutandis für den seine Leistungspflicht bestreitenden Schuldner.

X. Die Formalnatur des Urteils auf Leistung Zug um Zug

Nach ihrem Verhältnis zu Rechtsbegehren und Klageantwort werden die Urteile unterschieden in gutheissende oder abweisende bzw. z.T. gutheissende oder z.T. abweisende Entscheidungen.

Das Urteil auf Leistung Zug um Zug kann nicht absolut als abweisendes oder gutheissendes klassifiziert werden. Erst durch einen Vergleich des Urteilstenors mit dem Rechtsbegehren und der Klageantwort kann eine derartige Klassifizierung vorgenommen werden (141).

Lauten Rechtsbegehren und Urteil (142) auf Leistung Zug um Zug, so wird dem Kläger nicht weniger zugesprochen, als er verlangt hat; das Urteil ist gutheissend.

Verlangt er jedoch ein unumschränktes Leistungsurteil und wird nur auf Leistung Zug um Zug gutgeheissen, so unterliegt der Kläger zumindest zum Teil. Ob die Klage ganz oder teilweise abzuweisen ist, bestimmt sich dann nach den Anträgen des Beklagten. Verlangte der Beklagte in der Klageantwort eine gänzliche Abweisung, so muss er zum Teil unterliegen, wenn die Klage unter dem Vorbehalt der Leistung Zug um Zug gutgeheissen wird. Beantragt hingegen der Beklagte wie auch der Kläger eine Verurteilung auf Leistung Zug um Zug (142), so liegt eine Klageanerkennung vor; der Prozess wird auf Grund der Klageanerkennung durch Beschluss beendet.

Unbestritten handelt es sich bei der Verurteilung auf Leistung Zug um Zug um ein Leistungsurteil - ähnlich den Urteilen auf künftige Leistung - auf Verurteilung zu aufschiebend bedingter Leistung (143), d.h. es ist ein Urteil, das als Vollstreckungstitel gilt. Dass bei Anhängigmachung des Vollstreckungsbegehrens zuerst die materiellrechtlichen Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Vollstreckung nachgewiesen werden müssen, kann am prozessualen Charakter des Urteils nichts ändern.

Wie noch nachzuweisen sein wird, kann das Vollstreckungsorgan selbst dem Beklagten die im Gegenseitigkeitsverhältnis stehende Leistung anbieten (144). Dies legt klar, dass das Urteil auf Leistung Zug um Zug ein echtes Leistungsurteil ist, bei dem nur die Vollstreckung modifiziert ist.

Die Aussage, die Leistungen seien Zug um Zug auszutauschen, hat zwar einerseits einen feststellenden Charakter, allerdings nicht im Sinne eines Feststellungs-

urteils, sondern vielmehr als Modifizierungsanordnung für die Vollstreckung. Vorstellbar wäre allerdings auch folgende Auslegung: Wird eine Leistungsklage abgewiesen, so ist das Urteil ein Feststellungsurteil. Da nun die Zug um Zug Anordnung eine teilweise Abweisung der Leistungsklage darstellt, so liegt in diesem Umfang auch ein Feststellungsurteil vor.

XI. Materiellrechtliche Stellung der Parteien nach Urteilsfällung

Das Urteil auf Leistung Zug um Zug enthält einige Elemente, die uns auf die Art des rechtserheblichen Charakters des Urteils schliessen lassen.

1. Es liegt ein bedingter unbeschränkter Vollstreckungstitel vor. Vollstreckung geht auf eine bestimmte Leistung des Beklagten.

2. Bestimmt ist neben der Leistung des Beklagten auch jene des Klägers.

3. Bestimmt ist durch das Urteil, dass diese Leistungen in einem Austauschverhältnis zueinander stehen, wobei es sich im Prinzip um einen reinen Austausch handelt, d.h. die Leistungen sind gleichzeitig zu erbringen.

Ein echtes Leistungsurteil liegt vor, wenn das Urteil gleichzeitig auch Vollstreckungstitel bildet. In unserem Fall muss in einem zweiten abgekürzten Verfahren entschieden werden, ob die Voraussetzungen für die Vollstreckung erfüllt seien, § 304 Abs. 2 ZPO (145). Schon aus dieser Gesetzesformulierung ergibt sich, dass das erste Urteil vollstreckbar wird, nicht dasjenige des zweiten Verfahrens.

Dies ergibt sich auch aus einer zweiten Ueberlegung: Der Vollstreckungstitel (wie auch der Rechtsöffnungstitel) muss u.a. auch die zu vollstreckende Leistung genau wiedergeben. Urteile, die das Vollstreckungsobjekt nicht genau bezeichnen, sind keine vollstreckbaren Urteile. Da das zweite abgekürzte Verfahren sich nur über die Bedingung ausspricht, kann dieses nicht Vollstreckungstitel sein, da es über das Vollstreckungsobjekt nichts aussagt.

§ 304 Abs. 2 ZPO enthält neben den Urteilen auf Leistung Zug um Zug auch solche, die von eigentlichen Bedingungen abhängen bzw. solche, deren Vollstreckung von einer Vorleistung des Klägers abhängig sind, denn der Begriff 'Gegenleistung' in diesem Paragraphen involviert nicht notwendigerweise eine Zug um Zug zu erbringende Gegenleistung.

Auf jeden Fall sagt das Urteil nicht, dass der Kläger sofort vollstrecken kann; es gesteht ihm vielmehr nur zu, dass er ohne weitschweifiges Verfahren bei Eintritt einer gewissen Tatsache bzw. Bedingung (wie sie auch immer lauten mag) vollstrecken kann. Rechtskräftig beurteilt und vollstreckbar ist nur sein Anspruch. Ueber die Bedingung sagt das Urteil nichts aus, was der Vollstreckung fähig wäre. Es enthält also nicht etwa den autoritativen Befehl, eine Gegenleistung zu erbringen, eine Bedingung zu erfüllen (146) oder Zug um Zug zu leisten.

An und für sich hat das Urteil vorerst nichts mehr als feststellenden Charakter: es stellt eine begründete Forderung und deren Austauschcharakter fest.

Das lässt noch alle Wege hinsichtlich der Erfüllung des Vertrages offen. Der Kläger kann dem Beklag-

ten die Leistung anbieten unter gleichzeitiger Erfüllungsforderung. Widersetzt sich der Beklagte, kann er nach Art. 107 OR vorgehen. Statt weiterhin Erfüllung zu verlangen, kann er auf nachträgliche Leistung verzichten und das positive Vertragsinteresse fordern oder er kann auch vom Vertrag zurücktreten. Die gleichen Rechtsbehelfe stehen auch dem Beklagten zu.

1. Rechtsbehelfe des Beklagten

Materiellrechtlich unterscheiden sich die Positionen des Klägers und des Beklagten nicht voneinander, d.h. dass der Beklagte gegen den Kläger gleich wie jener vorgehen kann: er kann ihm die Leistung anbieten unter gleichzeitiger Erfüllungsforderung, kann ihm eine Nachfrist ansetzen und nach Ablauf dieser Nachfrist die gesetzlich vorgesehenen Wirkungen herbeiführen.

Dadurch wird das Urteil dann nicht vollstreckbar. Einem späteren Vollstreckungsbegehren kann der Beklagte entgegenhalten, dass der Kläger durch sein Verhalten das Eintreten der Bedingung (bzw. die Erbringung der eigenen Leistung) verhindert und damit ein späteres Erfüllen ausgeschlossen habe. Materiellrechtlich hat der Kläger dadurch, dass er trotz Schuldnerverzug nicht erfüllte, die Möglichkeit verwirkt, seine Forderung noch geltend zu machen.

Gleichfalls ist Vollstreckung auch dann unzulässig, wenn der Beklagte, nachdem er dem Kläger die Leistung erfolglos angeboten hat, diese auf Grund von Art. 92 OR mit der Weisung hinterlegt, der Kläger könne sie erst herausverlangen, wenn er die eigene Erfüllung nachgewiesen habe.

Hier muss das Vollstreckungsbegehren mangels Vollstreckungsobjekt abgewiesen werden, da das Vollstreckungsobjekt schon bedingt in der Verfügungsgewalt des Vollstreckungsklägers ist. Der Kläger erfüllt diese Bedingung dadurch, dass er das Vollstreckungsbegehren stellt, wobei er mindestens erfüllungsbereit sein muss. Fehlt es an seiner eigenen Erfüllung bzw. Erfüllungsbereitschaft, muss das Vollstreckungsbegehren schon deshalb abgewiesen werden.

§ 6 Zwangsvollstreckung nach SchKG

I. Erteilung der definitiven Rechtsöffnung auf Grund eines Urteils auf Leistung Zug um Zug

1. Allgemein

Auf Grund der gegebenen Bestimmungen (1) lässt sich zunächst festhalten, dass durch die Revision 1976 der zürcherischen Zivilprozessordnung keine Veränderungen bezüglich der Vollstreckung von Urteilen auf Leistung Zug um Zug gemäss SchKG eingetreten sind. Eine Veränderung hätte nur eintreten können, wenn durch die Revision auch vollstreckungsrechtlich Neues hätte gebracht werden können, was im Bereich des Bundesrechts jedoch nicht möglich war.

Für die definitive Rechtsöffnung stellen sich folgende Probleme:

a) Verunmöglicht das gegenwärtige Vollstreckungsverfahren nach SchKG ein Urteil auf Leistung Zug um Zug?

b) Sollte trotz des gegenwärtigen Vollstreckungsverfahrens nach SchKG ein Urteil auf Leistung Zug um Zug möglich sein, bildet dann das Urteil auf Leistung Zug um Zug einen definitiven Rechtsöffnungstitel? Besteht allenfalls die Möglichkeit, provisorische Rechtsöffnung zu erteilen?

2. Verunmöglicht das gegenwärtige Vollstreckungsverfahren nach SchKG ein Urteil auf Leistung Zug um Zug?

Die Zwangsvollstreckung gemäss Art. 80 SchKG, d.h. der Eingriff ins schuldnerische Vermögen zu Gunsten

des Vollstreckungsgläubigers, setzt ein rechtskräftiges und vollstreckbares Leistungsurteil voraus. Das Verfahren auf Erlass eines Sachurteils (2) ist in jedem Fall vom kantonalen Recht geregelt, in das Vollstreckungsverfahren teilen sich Bund und Kantone je nach Art des zu vollstreckenden Anspruchs.

Das Vollstreckungsrecht nennt die Voraussetzungen des unmittelbaren Eingriffs ins schuldnerische Vermögen. Diese Voraussetzungen können verschieden sein, je nachdem, ob es sich um Realexekution (3) handelt oder um Vollstreckung einer Geld- oder Sicherheitsleistung (4).

Ausgehend von den Vollstreckungsvoraussetzungen des SchKG kann festgehalten werden, dass die dort genannten Voraussetzungen (5) die Mindestanforderungen sind, die der Bundesgesetzgeber an den kantonalen Gesetzgeber stellt, um kantonale Urteile auf Geld- oder Sicherheitsleistung vollstrecken zu können. In gewissem Umfang darf der Kanton diese Voraussetzungen erleichtern, ist an gewisse Minimalanforderungen aber dennoch gebunden (6). Somit lässt sich feststellen, dass das SchKG einerseits vorsehen kann, Urteile auf Leistung Zug um Zug als Vollstreckungstitel zuzulassen oder nicht, nicht aber bestimmen darf, dass die Kantone derartige Urteile nicht erlassen dürfen. Sollten wir in der Folge zum Schluss kommen, dass das SchKG die Urteile auf Leistung Zug um Zug nicht als Rechtsöffnungstitel (7) anerkennt, so ist zu folgern, dass die Kantone für diese Urteile auf Leistung Zug um Zug noch ein weiteres Verfahren vorsehen müssen, das diese Urteile vollstreckbar macht (8).

Wir können die Schlussfolgerung ziehen, dass es einerseits den Kantonen nicht verwehrt ist, Urteile auf Leistung Zug um Zug vorzusehen, dass aber andererseits

derartige Urteile nicht als Rechtsöffnungstitel gelten müssen, solange nicht die Erbringung der Gegenleistung festgestellt ist.

3. Bildet das Urteil auf Leistung Zug um Zug einen Rechtsöffnungstitel?

a) Definitiver Rechtsöffnungstitel (9): Generelle Erwägungen

Die Voraussetzungen, die an einen Rechtsöffnungstitel gestellt werden, sind in Art. 80 SchKG genannt: Forderungen, die auf vollstreckbaren gerichtlichen Urteilen beruhen (10), gerichtliche Vergleiche und Schuldanerkenntnisse (11).

Ausgehend von Abs. 1 kann festgehalten werden, dass das Urteil auf Leistung Zug um Zug ein gerichtliches Urteil i.S. von Art. 80 Abs. 1 SchKG ist.

Die Frage der Vollstreckbarkeit wird vom kantonalen Recht beantwortet, vom SchKG wird sie als Voraussetzung in Art. 80 Abs. 1 SchKG einfach vorausgesetzt. Gemäss § 300 ZPO sind Entscheide (12) grundsätzlich vollstreckbar (13), wenn sie rechtskräftig sind. Unter rechtskräftig ist dabei die formelle Rechtskraft gemeint (14).

Das Urteil auf Leistung Zug um Zug seinerseits wird mit Ablauf der Rechtsmittelfristen oder je nachdem mit Ausfällung des Entscheides formell rechtskräftig, ist allerdings nicht vollstreckbar. Es ist demnach ein Entscheid erst vollstreckbar, wenn er erstens in formelle Rechtskraft erwachsen ist und zweitens seine Vollstreckbarkeit nicht sonstwie gehemmt wird.

Auf unsern Fall bezogen ist die Vollstreckbarkeit suspensiv bedingt durch Real- bzw. Verbaloblation

der klägerischen Leistung.

Im weiteren verlangt Art. 80 Abs. 1 SchKG nicht nur, dass ein vollstreckbares gerichtliches Urteil vorliegt, sondern es muss eine Forderung in Frage stehen. Unter Forderung versteht das SchKG fällige Forderungen, also Ansprüche. In diesem Sinne ist das Urteil auf Leistung Zug um Zug gleich zu behandeln wie Vergleiche. Vergleiche sind gemäss Art. 80 Abs. 2 SchKG wie rechtskräftige Urteile zu behandeln (sind also vollstreckbar); begründet aber der Vergleich erst gegenseitige, voneinander abhängige Pflichten, so sind diese an sich nicht vollstreckbar (15).

Die Forderungen - sowohl aus Vergleich wie auch aus Urteil auf Leistung Zug um Zug - müssen bestimmt und unbedingt sein (16). Die Unbedingtheit setzt u.a. voraus, dass die vollstreckbare Leistung nicht von einer anderen Leistung abhängig sei.

Wir können somit festhalten, dass das Urteil auf Leistung Zug um Zug an sich keinen Rechtsöffnungstitel darstellt. Andererseits kann das definitive Rechtsöffnungsbegehren nur gutgeheissen oder abgewiesen (auch z.T. gutgeheissen bzw. abgewiesen) werden und auf jeden Fall nicht nur bedingt gutgeheissen werden (17).

Es ist jedoch auch nicht angängig, auf Grund eines Urteils auf Leistung Zug um Zug provisorische Rechtsöffnung zu gewähren. In Art. 80/82 SchKG sind die Rechtsöffnungstitel abschliessend aufgezählt, - sowohl für die definitive als auch für die provisorische Rechtsöffnung. Auf Grund eines Urteils kann somit nur definitive Rechtsöffnung oder gar keine Rechtsöffnung erteilt werden.

b) Das Urteil auf Leistung Zug um Zug als
Rechtsöffnungstitel

Ein Urteil auf Leistung Zug um Zug ist solange nicht vollstreckbar, als die Gegenleistung nicht erbracht ist, wird aber vollstreckbar, sobald der Gläubiger seiner Leistungsverpflichtung nachgekommen ist.

Es liegt ein Rechtsöffnungstitel i.S. von Art. 80 SchKG vor, d.h. das Urteil ist vollstreckbar, sobald der Gläubiger seinen Leistungsnachweis erbracht hat. Kann der Gläubiger diesen Leistungsnachweis nur durch ein Ergänzungsurteil i.S. von § 304 Abs. 2 ZPO erbringen, oder darf er auch ohne derartiges Urteil dem Rechtsöffnungsrichter den Leistungsnachweis vortragen?

Auf Grund der im ordentlichen Prozess erhobenen Einrede d.n.e.V. und des folgenden Urteils auf Leistung Zug um Zug muss der Vollstreckungsrichter vorerst überprüfen, ob der Gläubiger seiner Leistungspflicht nachgekommen ist, ohne dass der Beklagte ein weiteres Mal die Einrede aus Art. 82 OR erheben könnte. Da der Rechtsöffnungsrichter nur formell zu überprüfen hat, ob ein Vollstreckungstitel vorliegt, kann er - negativ ausgedrückt - keine materiellrechtlichen Ansprüche überprüfen, und wenn er solche doch überprüft (18), so nur vorfrageweise, um für das laufende Betreibungsverfahren einen Entscheid zu finden. Auf keinen Fall aber erwächst sein Entscheid in materielle Rechtskraft. Festzuhalten ist ferner, dass der Rechtsöffnungsrichter nur die in Art. 81 SchKG genannten, seitens des Schuldners vorgebrachten materiellrechtlichen Einreden gegen den Rechtsöffnungstitel prüfen darf (19).

Dem Gläubiger obliegt die Pflicht, urkundlich nachzuweisen, dass ein vollstreckbares Urteil vorliegt. Dazu gehört auch der Nachweis, dass er die Gegenleistung, die Voraussetzung der Vollstreckung ist, erbracht bzw. in einer den Verzug i.S. von Art. 91 OR begründeten Weise angeboten hat (20). Ob er seine Gegenleistung erbracht hat oder nicht, ist eine tatsächliche Frage.

Sollte der Schuldner bezüglich der Gegenleistung Einreden erheben (21), kommt es zu einer Rechtsfrage, die vom Rechtsöffnungsrichter nicht überprüft werden darf und die zur Abweisung des Rechtsöffnungsbegehrens führen muss, ausser der Kläger könne sofort liquid mit Urkunden die Haltlosigkeit der Einreden des Beklagten nachweisen.

Diese obgenannten Einreden sind trotz Bestehens der Einredebeschränkung von Art. 81 SchKG zulässig (22), da damit nur Einreden gemeint sind, die den Rechtsöffnungstitel entkräften. Auch in unserem Fall sind die Einreden gemäss Art. 82/201 OR gegen den Rechtsöffnungstitel an sich gerichtet (23), denn sie negieren eine Voraussetzung der Entstehung des Rechtsöffnungstitels.

Dass der Rechtsöffnungsrichter die richtig erbrachte Gegenleistung feststellen darf, ergibt sich noch aus weiteren Gründen. Negativ daraus, dass der Befehlsrichter (23a) die Feststellung zu treffen hätte, wenn es nicht der Rechtsöffnungsrichter täte. Zwar sind Befehls- und Rechtsöffnungsrichter unabhängig voneinander, doch besteht zwischen ihnen meist Personalunion. Es wäre somit sinnlos, wenn nur der Befehlsrichter die richtig erbrachte Gegenleistung feststellen dürfte und nicht auch der Rechtsöffnungsrichter, wobei dies beide Male aber die gleiche Person feststellen würde.

Gemäss Urteil liegt die Vollstreckbarkeit erst vor, wenn der Gläubiger seine Gegenleistung erbracht hat. Die Feststellung der richtig bewirkten Gegenleistung ist als Vollstreckungsvoraussetzung von Amtes wegen zu prüfen, d.h. dass der Vollstreckungsbeklagte ein allfälliges Fehlen der Gegenleistung nicht einredeweise geltend machen muss. - Bezüglich der Prüfung der richtig bewirkten Gegenleistung bedeutet das, dass es ohne Belang ist, ob der Vollstreckungsbeklagte säumig ist oder nicht.

aa) Beweismittel und Beweisintensität für die erhobene Einrede

Art. 84 SchKG bestimmt, dass der Richter innerhalb von 5 Tagen seit Anbringung des Begehrens über die Rechtsöffnung zu entscheiden habe. Die Art eines solchen Verfahrens lässt deshalb - um die fünf-tägige Frist einhalten zu können - gar keine anderen Beweismittel als Urkunden zu (24). Dies lässt sich auch analog aus Art. 81 SchKG herleiten. Wenn dort dem Schuldner zwecks Beweis des Untergangs der in Betreuung gesetzten Forderung (25) keine anderen Beweismittel als Urkunden zur Verfügung stehen, so müssen für den Gläubiger zwecks Beweis der Entstehung des Vollstreckungstitels die gleichen Regeln gelten.

Andererseits muss die Bewirkung der Gegenleistung auch dann als bewiesen gelten, wenn der Vollstreckungsschuldner dies im Rahmen einer persönlichen Befragung anerkennt (26).

Auf Seiten des Schuldners fragt sich, ob er seine Einrede der nicht richtig bewirkten Gegenleistung beweisen oder nur glaubhaft machen muss. Grundsätzlich ab-

zulehnen ist, dass der Schuldner diese Einrede beweisen müsste. Ist vom Schuldner schon bei der provisorischen Rechtsöffnung nur 'glaubhaft machen' gefordert (27), so kann bei der definitiven Rechtsöffnung nicht eine stärkere Beweisintensität gefordert werden (28). Hingegen würde sich eine geringere Beweisintensität durchaus rechtfertigen: unterliegt der Schuldner bei der provisorischen Rechtsöffnung, steht ihm vor der Pfändung noch die Aberkennungsklage (29) offen. Unterliegt jedoch der Schuldner in der definitiven Rechtsöffnung, ist das Ergebnis irreversibel.

c) Der Rechtsöffnungsentscheid

Bei Einredeerhebung muss der Rechtsöffnungsentscheid auf Abweisung, ohne Einredeerhebung oder andere Einreden gemäss Art. 81 SchKG hat er auf Gutheissung zu lauten, sofern natürlich die in Betreibung gesetzte Forderung der durch Urteil festgehaltenen Forderung entspricht.

d) Rechtsmittel

Rechtsmittel gegen den Rechtsöffnungsentscheid ist in Zürich die Nichtigkeitsbeschwerde, eidgenössisch die staatsrechtliche Beschwerde (30).

4. Anerkennungsklage als Folge der Abweisung der definitiven Rechtsöffnung

Ist der Rechtsöffnungskläger mit seinem Begehren abgewiesen worden, so hat er den ordentlichen Prozessweg zu beschreiten. M.a.W. hat der Rechtsöffnungskläger zwei Möglichkeiten, den Rechtsvorschlag des Schuldners zu entkräften: ein Mal durch die Rechtsöffnung (defi-

nitive oder provisorische) und bei Abweisung des Rechtsöffnungsbegehrens durch ordentliche Klage (Anerkennungsklage), wobei die Gutheissung einer dieser Klagen den andern Rechtsbehelf nicht unbedingt überflüssig macht.

Allerdings kann der Kläger nicht zwei Mal im gleichen Betreibungsverfahren ein Rechtsöffnungsbegehren stellen: dem steht die Rechtskraft der Rechtsöffnungsentscheide entgegen (31). Diese Rechtskraft ist in zweifacher Hinsicht beschränkt: erstens dadurch, dass trotz Rechtsöffnungsentscheid über die Forderung im ordentlichen Verfahren entschieden werden kann und zweitens dadurch, dass der Rechtsöffnungsentscheid nur für das vorliegende Betreibungsverfahren in Rechtskraft erwächst (32). Hinzu kommt die allgemeine Einschränkung durch den Begriff der materiellen Rechtskraft selbst. Danach ist eine nochmalige Beurteilung (33) nur ausgeschlossen, wenn nebst der Identität der Parteien und der Rechtsbegehren auch die Identität des Streitgegenstandes gegeben ist.

Es kann dem Gläubiger nicht verwehrt sein, gleichzeitig auf definitive bzw. provisorische Rechtsöffnung und auf Bestand der Forderung gemäss Art. 79 SchKG zu klagen. Der Schuldner darf also in keinem der beiden Verfahren die Einrede der Rechtshängigkeit erheben, denn die Rechtsöffnungsklage ist ein Inzidenzverfahren, eine rein betriebsrechtliche Klage, die Anerkennungsklage hingegen ist materiell-rechtlicher Natur. An und für sich wird praktisch zwar das gleiche Ziel erstrebt, doch liegt der Unterschied zwischen den beiden Verfahren darin, dass das eine Mal endgültig über die Forderung entschieden wird, das andere Mal nicht (34).

Hat der Gläubiger keinen Rechtsöffnungstitel, so kann er gemäss Art. 79 SchKG über die ordentliche Klage zu einem Rechtsöffnungstitel kommen. Diesfalls braucht er den Rechtsöffnungsweg nach Urteilsfällung nicht mehr zu beschreiten, er kann direkt das Fortsetzungsbegehren stellen. Das Betreibungsamt muss diesfalls den Schuldner darauf aufmerksam machen, dass er innert 10 Tagen seit Stellung des Fortsetzungsbegehrens die in Art. 81 Abs. 2 SchKG aufgeführten Einreden anbringen könne (35).

Kann der Gläubiger gleichzeitig Anerkennungsklage i.S. von Art. 79 SchKG und Rechtsöffnungsklage i.S. von Art. 80 SchKG oder Art. 82 SchKG erheben (36), so müssen diese Klagen auch nacheinander zulässig sein, d.h. der Gläubiger kann nach dem Rechtsöffnungsverfahren noch die Anerkennungsklage anstrengen. Insbesondere muss er die Einrede der res iudicata auch deshalb nicht befürchten, weil er bei Gutheissung der Anerkennungsklage das Rechtsöffnungsbegehren kein zweites Mal stellen muss. Aber auch wenn er ein zweites Mal auf den Rechtsöffnungsweg verwiesen wäre, würde dem die Einrede der res iudicata nicht entgegenstehen, da auf Grund des neu erworbenen Urteils ein neuer Sachverhalt gegeben wäre.

5. Die Gutheissung der Anerkennungsklage

a) Voraussetzungen

Mit Ausnahme der Parteirollenverteilung sind die Voraussetzungen für die Gutheissung der Anerkennungsklage die gleichen wie bei der Aberkennungsklage, weshalb ich auf das dort geschriebene verweise (37).

b) Notwendigkeit einer Klageabweisung zur Zeit?

Die Wendung 'zur Zeit abweisen' stammt aus dem

gemeinen Recht (38) und geht auf das römische Recht zurück, wo bei Leistungsklagen ohne demonstratio "dem Kläger die Gefahren der Zuvielforderung (pluribus petitio) drohten" (39). Eine Form der Zuvielforderung war das 'plus petere tempore', welche vorlag, wenn der Kläger vor Fälligkeit klagte (40). Folge der Zuvielforderung war Abweisung der Klage und Ausschluss mit einer neuen Klage (41). Diese Ausschlusswirkung wurde später von Diokletian beseitigt (42), die Abweisung der Klage wurde eine nur noch vorübergehende (43).

Gemäss Hellwig (44) hat eine Klageabweisung zur Zeit zu ergehen,

"a. wenn der Kläger aus einem Rechte Klage erhoben hat, welches ihm trotz seines Bestehens nicht die Befugnis gewährt, dasselbe auszuüben..."

und ferner,

"b..... wenn der Kläger aus einem nicht fälligen Rechte Verurteilung zu gegenwärtiger Leistung verlangt hat".

Die Abweisung zur Zeit bringt jedoch gegenüber einer gewöhnlichen Abweisung keine Vorteile, - es wird nicht etwa, - untechnisch ausgedrückt, weniger abgewiesen. Die Abweisung zur Zeit bedeutet lediglich, "dass die Befugnis zur klageweisen Geltendmachung des Rechts zur Zeit, d.h. auf solange verneint wird, als der hemmende Umstand entgegensteht" (45). Das bringt dem Kläger aber überhaupt nichts, denn die Erwägungen für die Klageabweisung zur Zeit erwachsen sowenig in Rechtskraft wie andere Erwägungen bei Leistungsurteilen. Bei erneuter Klage muss der Kläger seine Klage wieder in den gleichen Formen einbringen. Das Erstverfahren bringt ihm nicht die geringsten Erleichterungen. Gleiches, also Wiedereinbringung

seiner Klage, kann er auch machen, wenn bei der Abweisung der Zusatz "zur Zeit" fehlt, da durch Eintritt der Fälligkeit nach Urteil keine identische Klage mehr vorliegt, der Kläger sich mit dem Ersturteil somit nicht in Widerspruch setzt, wenn er den nachträglichen Eintritt der Fälligkeit behauptet (46).

Daraus ergibt sich, dass heute die Abweisung zur Zeit ein unnötiges Relikt der Vergangenheit ist.

II. Der synallagmatische Vertrag als Rechtsöffnungstitel

1. Allgemein

Damit der synallagmatische Vertrag ein Rechtsöffnungstitel sein kann, muss er eine Schuldanerkennung darstellen, d.h. es muss eine öffentliche oder Privaturkunde vorliegen, "aus der hervorgeht, dass der Betriebene den Willen zur Bezahlung einer bestimmten Geldsumme bekundet hat" (47).

Weitere wesentliche Begriffsmerkmale der Schuldanerkennung, die die provisorische Rechtsöffnung ermöglichen, sind: fällige, vorbehalt- und bedingungslose Verpflichtungen, die zu Gunsten einer bestimmten Person eingegangen worden sind und auf einen bestimmten Betrag lauten (48). Erfüllt der gegenseitige Vertrag diese Bedingungen, so stellt er einen provisorischen Rechtsöffnungstitel dar.

Zur Behandlung der zweiseitigen Verträge ist insbesondere die Basler Rechtsöffnungspraxis zu beachten (49), die heute auch für die andern Kantone wegleitend ist (50).

Gemäss der Basler Rechtsöffnungspraxis ist der synallagmatische Vertrag dann ein Rechtsöffnungstitel, wenn folgende Voraussetzungen alternativ gegeben sind (51):

1. Die Vertragserfüllung durch den Kläger ist nicht bestritten.
2. Eventuelle Bestreitung durch den Beklagten muss sich als offensichtlich haltlos erweisen.
3. Der Kläger muss in liquider Weise die Haltlosigkeiten der Bestreitungen des Beklagten nachweisen können.
4. Der Beklagte ist vorleistungspflichtig.

Die einzig wesentliche Frage im Rechtsöffnungsverfahren ist, ob eine Schuldanerkennung vorliege oder nicht. Die Frage also, ob der synallagmatische Vertrag eine Schuldanerkennung darstelle, insbesondere, ob der synallagmatische Vertrag fällige, vorbehalt- und bedingungslose Verpflichtungen enthalte.

2. Die Fälligkeit

Fälligkeit einer Forderung bedeutet, dass der Gläubiger die Leistung fordern darf und der Schuldner die Leistung zu erbringen hat. Sofern durch Vertrag kein Termin für die Fälligkeit angegeben ist (52), "so kann die Erfüllung sogleich geleistet und gefordert werden" (53). Für die wesentlich zweiseitigen Verträge gilt, dass Erfüllung nur derjenige fordern kann, der selbst schon erfüllt hat oder Erfüllung anbietet (54).

3. Vorbehalt- und Bedingungslosigkeit

Allgemein anerkannt ist, dass eine Schuldanerkennung, um Rechtsöffnungstitel zu sein, vorbehalt- und bedingungslos sein muss. Das bedeutet zumindest für Verträge mit Vorleistungspflicht, dass die nicht vorleistungspflichtige Leistung nur und erst geschuldet ist, wenn der vorleistungspflichtige Schuldner seine Leistung erbracht hat (55). Allerdings gilt diese Regel dann nicht mehr, wenn die nicht vorleistungspflichtige Leistung an einem bestimmten Termin fällig wird. Aber auch bei gegenseitigen Verträgen ohne Vorleistungspflicht, also mit Austauschcharakter, wird nicht von einer Schuldanerkennung, sondern höchstens von einer Schuldverpflichtung (56) gesprochen.

4. Die Abgrenzung der Schuldanerkennung von der Schuldverpflichtung

Art. 17 des Obligationenrechts spricht von einem Schuldbekenntnis, worunter nur Schuldversprechen zu verstehen sind, d.h. Willenserklärungen, durch welche eine Schuld begründet wird, nicht aber Anerkennung einer schon bestehenden Schuld (57). Schuldverpflichtungen sind derartige Schuldbekanntnisse. Eine bestimmte Form ist im Gesetz nicht vorgesehen (58), worin schon ein Unterschied zu der in Art. 82 SchKG geforderten Schuldanerkennung gesehen werden kann, die schriftlich sein muss.

Für Art. 82 SchKG geeignete Schuldanerkennungen sind Summenversprechen. Es muss sich nicht um unbedingte Schuldanerkennungen handeln, doch ist bei bedingten Schuldanerkennungen Voraussetzung für eine gemäss Art. 82 SchKG geeignete Urkunde der Nachweis des Eintritts der Bedingung (59).

Auf Grund der vorliegenden Ausführungen kann der synallagmatische Vertrag ohne Vorleistungspflicht als Schuldanerkennung, nicht nur als gegenseitige Schuldverpflichtung anerkannt werden (60). Wenn dem nicht so wäre, so müsste man sagen, dass die Schuldverpflichtung des Betreibungsbeklagten durch die Leistung des Betreibungsklägers zu einer Schuldanerkennung würde. Ich sehe nun jedoch nicht, wo man in diesen Vorgang eine Anerkennung der Schuld durch den Beklagten hineinkonstruieren kann. Die Tatsache, dass der Gläubiger leistet, kann nicht die rechtliche Folge haben, dass dadurch eine Anerkennung des Schuldners fingiert würde. Also muss die Schuldanerkennung schon von Anfang an vorliegen, oder es wird auch nach Leistung des Gläubigers keine Schuldanerkennung vorliegen. Man würde es aber als stossend empfinden, wenn der Gläubiger aus gegenseitigem Vertrag, der selbst schon geleistet hat, nicht provisorische Rechtsöffnung erlangen könnte. Vielmehr kann in diesem Fall dem Schuldner zugemutet werden, gegenüber einer provisorischen Rechtsöffnung die Aberkennungsklage anzustrengen. Wenn dem Schuldner aber die Aberkennungsklage zugemutet werden kann, so müsste ihm umso mehr zugemutet werden können, gegenüber dem Rechtsöffnungsgesuch des Klägers die Einrede d.n.e.V. zu erheben, ohne dass der Gläubiger schon nachgewiesen haben müsste, seiner Schuldverpflichtung nachgekommen zu sein.

Eine derartige Gestaltung des Verfahrens würde auch gar nicht überraschen. Im Gegenteil überrascht die jetzige Regelung, wonach der Kläger den Nachweis der eigenen Leistung führen muss, um die Rechtsöffnung zu erlangen. So wie das SchKG nicht im Widerspruch zum materiellen Recht nicht fällige Forderungen durchsetzen darf, sowenig darf es bestehenden fälligen Forderungen die Durch-

setzbarkeit verweigern. Die Forderung aus gegenseitigem Vertrag ist nicht eine bedingte, von der Erfüllung der Gegenforderung abhängige, sondern im Gegenteil eine vorerst unbedingte und unabhängige. Die Abhängigkeit der beiden Leistungen voneinander kommt erst wieder durch die Einrede d.n.e.V. zum Ausdruck. Erhebt jedoch der Beklagte die Einrede d.n.e.V. nicht, so kann die gegen ihn gerichtete Forderung ebenso durchgesetzt werden, als ob der Schuldner vorleistungspflichtig wäre. Zumindest ist kein wesentlicher Unterschied mehr zu sehen zwischen einem Vertrag mit Vorleistungspflicht und einem ohne Vorleistungspflicht, bei dem die Einrede aus Art. 82 OR nicht erhoben wird.

Man kann durchaus davon ausgehen, dass der synallagmatische Vertrag ohne Vorleistungspflicht zwei bedingte Schuldanerkenntnisse beinhaltet, bedingt jeweils durch das Erheben der Einrede aus Art. 82 OR. Es würde sich dabei um eine potestative Suspensivbedingung handeln.

III. Wesen der Aberkennungsklage

1. Allgemein

Die Aberkennungsklage bedeutet für den Schuldner die letzte Möglichkeit, die (definitive) Pfändung aufzuhalten, sofern die gegen ihn gerichtete Forderung unbegründet ist. Während in der provisorischen Rechtsöffnung nur summarisch und nur in formeller Hinsicht überprüft wurde, ob der Gläubiger eine vom Schuldner ausgestellte Schuldanerkennung vorweisen konnte, dient die Aberkennungsklage dazu, den Bestand der Forderung zu überprüfen. Ihr enger Zusammenhang mit der provisorischen Rechtsöffnung dokumentiert sich aus der generellen Formu-

lierung des Rechtsbegehrens: "... es sei die Forderung, für welche dem Gläubiger die provisorische Rechtsöffnung erteilt worden ist, abzuerkennen" (61).

Von früh an entfachte sich eine Diskussion darüber, ob die Aberkennungsklage betreibungs- oder materiellrechtlicher Natur sei (62). Nur gerade die Tatsache, dass im Aberkennungsprozess materiellrechtliche Fragen entschieden werden, kann nicht bedeuten, dass es sich um eine rein materiellrechtliche Klage handelt (63), auch nicht die Tatsache, dass diese Klage im ordentlichen Verfahren erfolgt und deshalb von den kantonalen Zivilprozessordnungen bestimmt wird.

"Solange keine Feststellung darüber erging, was Rechtens ist, bleibt für das Zwangsvollstreckungsrecht kein Raum mehr" (64). Diese Aussage ist insofern ungenau, als sie nur richtig ist, wenn der Schuldner die Aberkennungsklage erhebt, erhebt er sie jedoch nicht, nimmt die Zwangsvollstreckung genauso ihren Fortgang, wie wenn definitive Rechtsöffnung erteilt worden wäre.

Ebensowenig können einen die Gedanken über die Rechtskraft (65) des Aberkennungsurteils davon überzeugen, dass die Klage rein materiellrechtlicher Natur sei (66); die Rechtskraftüberlegungen führen höchstens zum Schluss, dass die Klage nicht rein betreibungsrechtlicher Natur sei.

Auch die Erörterungen über die Urteilsgrundlagen des Aberkennungsurteils können die Aberkennungsklage nicht zu einer rein materiellrechtlichen Klage stempeln (67). Sie als materiellrechtliche Klage mit einigen Besonderheiten zu charakterisieren, wäre wohl die einfachste Lösung, doch weicht man m.E. dem Problem so aus oder

will es schon gar nicht erkennen. Gerade diese Besonderheiten, Gerichtsstand, Rechtsbegehren, Urteilsgrundlage und Urteilsformulierung ergeben sich aus dem Betreibungsrecht. Sie lassen einen nicht nur die "besondere Beziehung zur Betreibung und die daraus folgenden Konsequenzen" übersehen (68), sondern erhärten im Gegenteil die Meinung, dass es sich bei der Aberkennungsklage um eine Klage sui generis (69), also teils materiellrechtliche, teils betreibungsrechtliche Klage handle.

Gerade auf Grund der Eingriffe des Betreibungsrechts in den Aberkennungsprozess scheint mir die Formulierung 'materiellrechtliche Klage mit Reflexwirkung auf die Zwangsvollstreckung' unglücklich zu sein. Wenn das Betreibungsrecht in den Aberkennungsprozess eingreift, so verkennt und negiert das derjenige, der nur von Reflexwirkung auf das Betreibungsrecht spricht (70).

2. Gerichtsstand der Aberkennungsklage

Der ordentliche Gerichtsstand für die Aberkennungsklage liegt am Ort der Betreibung (71). Nach h.L. handelt es sich um einen ausschliesslichen (72), nicht zwingenden (73) Gerichtsstand (74). Daraus ergibt sich, dass eine Derogation bzw. Prorogation zulässig ist. Sieht ein gegenseitiger Vertrag eine Gerichtsstandsklausel vor, so hat diese demgemäss für den Aberkennungsprozess Bedeutung.

3. Das Rechtsbegehren des Aberkennungsprozesses und die Urteilsgrundlage

Die Aberkennungsklage ist nicht als Rechtsmittel gegen den Rechtsöffnungsentscheid zu betrachten, sie be-

zweckt nicht, den Rechtsöffnungsentscheid zu überprüfen (75), sondern sie entscheidet über Bestand und Fälligkeit der Forderung, für welche dem Gläubiger provisorische Rechtsöffnung gewährt wurde (76). Wird die Aberkennungsklage abgewiesen, ist materiellrechtlich entschieden, dass der Gläubiger gegen den Schuldner eine fällige Forderung hat.

Schwieriger ist die Frage nach der Bedeutung der Guttheissung der Klage. Guttheissung der Klage kann bedeuten, dass die Forderung nicht besteht oder auch, dass sie nicht fällig ist. Im Gegensatz zu andern Feststellungs- oder Leistungsklagen darf dabei im Aberkennungsprozess als Urteilsgrundlage nicht allein der Sachverhalt zur Zeit des Urteils genommen werden, sondern muss auch jener zur Zeit des Erlasses des Zahlungsbefehls berücksichtigt werden (77). Dies erklärt sich aus der Stellung des Aberkennungsprozesses im Ablauf der Betreuung: Der Schuldner darf nur für eine fällige Forderung betrieben werden. Sowohl der Rechtsvorschlag als auch die Rechtsöffnung haben dann die mit dem Zahlungsbefehl geltend gemachte Forderung zum Inhalt, d.h. ein Rechtsvorschlag wird zu Recht erhoben, wenn die Forderung zur Zeit des Erlasses des Zahlungsbefehls nicht fällig war, die Rechtsöffnung ihrerseits muss abgewiesen werden, wenn die Forderung gemäss gültiger Schuldanererkennung zur Zeit des Erlasses des Zahlungsbefehls nicht fällig war. Der genau gleiche Zeitpunkt, d.h. also die Zeit des Erlasses des Zahlungsbefehls, unterliegt denn auch im Aberkennungsprozess einer Prüfung und wird als Urteilsgrundlage genommen.

Dieses Prinzip erleidet einen vom materiellen Recht her gebotenen Einbruch: der Schuldner bzw. der Aberkennungskläger muss jene Tatsachen vorbringen oder

jene Gestaltungsrechte ausüben können, die einer Vollstreckung entgegenstehen, auch wenn diese Tatsachen sich erst nach Erlass des Zahlungsbefehls verwirklicht haben bzw. auch wenn diese Gestaltungsrechte erst nach Erlass des Zahlungsbefehls ausgeübt worden sind. Zu denken ist z.B. an die Stundung oder an die Verrechnung (78). Könnte der Schuldner diese Einreden und Einwendungen nicht mehr vortragen, würde gegen ihn im Widerspruch zum materiellen Recht ein nicht bestehender Anspruch durchgesetzt.

So gilt denn für den Gläubiger und Aberkennungsbeklagten, dass sein Anspruch zur Zeit des Zahlungsbefehls bestanden haben muss, während der Schuldner und Aberkennungskläger Untergangs- und Hinderungsgründe noch bis zur Urteilszeit geltend machen kann. In Literatur (79) und Praxis (80) wird die Ansicht vertreten, dass eine Aberkennungsklage nicht vollumfänglich gutgeheissen werden könne, wenn die Fälligkeit der Forderung erst nach Erlass des Zahlungsbefehls eingetreten sei. Statt einer vollumfänglichen Guttheissung sei eine Guttheissung der Aberkennungsklage zur Zeit geboten.

Nach den bisherigen Ausführungen kann ich dem nicht zustimmen. Aus der Funktion der Aberkennungsklage innerhalb des Betreibungsverfahrens und auch aus dem Umstand, dass Urteilsgrundlage der Zeitpunkt des Erlasses des Zahlungsbefehls ist, darf eine nach Erlass des Zahlungsbefehls eintretende Veränderung des Sachverhalts keinen Niederschlag im Urteil finden (unter Berücksichtigung natürlich der zugunsten des Schuldners erwähnten Ausnahmen).

Eine Klageabweisung zur Zeit war früher nicht nur dann angebracht, wenn die Forderung an sich bestand,

aber nicht fällig war, sondern schon in jenem Moment, wo feststand, dass - ganz gleich, ob die Forderung an sich bestehe oder nicht - sicherlich deren Fälligkeit nicht gegeben war. M.a.W. war bei einer Klageabweisung zur Zeit noch nicht ausgesagt, dass die Forderung selbst bestehe.

Ebenso verhält es sich mit der Guttheissung der Aberkennungsklage zur Zeit. Damit wird der Bestand der Forderung nicht präjudiziert. Wenn aber eine Guttheissung der Aberkennungsklage zur Zeit noch nichts über den Bestand der Forderung aussagt, (sondern nur, dass sicherlich die Fälligkeit noch nicht gegeben ist), und wenn andererseits die Guttheissung bzw. Abweisung zur Zeit an sich unnötig ist, so kann die Aberkennungsklage einfach gutgeheissen werden.

Eine davon völlig verschiedene Frage ist, ob die Aberkennungsklage gutgeheissen werden dürfe, wenn das Rechtsbegehren auf Aberkennung des Bestandes der Forderung lautet. Diese Frage muss nach den normalen Regeln beantwortet werden: da das Aberkennungsurteil nicht vollständige Guttheissung des Rechtsbegehrens bedeutet, muss die Klage i.S. der Erwägungen gutgeheissen werden, wobei aus den Erwägungen klar hervorgehen muss, dass die Aberkennungsklage auf Grund fehlender Fälligkeit gutgeheissen wurde.

Auf Grund folgender Begründung liesse sich auch die zusatzlose Guttheissung rechtfertigen: Das SchKG macht an keinem Ort eine Unterscheidung zwischen den materiell-rechtlichen Begriffen Forderung und Anspruch: Inhalt des Betreibungsbegehrens ist eine Forderungssumme (Art. 67 SchKG, Ziff. 3), im Zahlungsbefehl wird der Schuldner aufgefordert, der Forderung des Gläubigers nachzukommen

(Art. 69 Ziff. 2 SchKG), der Gläubiger muss einen Forderungstitel haben (Art. 73 Abs. 1 SchKG), der Schuldner kann gegen die Forderung Rechtsvorschlag erheben (Art. 74 SchKG), der Gläubiger kann für seine Forderung provisorische Rechtsöffnung verlangen (Art. 82 Abs. 1 SchKG). Einzig nach Abs. 79 SchKG muss der Gläubiger "zur Geltendmachung seines Anspruchs den ordentlichen Prozessweg" beschreiten. Der Begriff Forderung könnte in all diesen Bestimmungen durch den Begriff Anspruch ersetzt werden. Art. 83 Abs. 2 SchKG könnte demzufolge so lauten, dass 'der Betriebene ... auf Aberkennung des Anspruchs klagen' kann. Bei einer derartigen Formulierung des Rechtsbegehrens liessen sich keine Gründe gegen eine vollumfängliche Guttheissung der Aberkennungsklage finden, auch wenn nur die Fälligkeit einer bestehenden Forderung fehlen würde, denn der Anspruch an und für sich besteht nicht.

Das gleiche Ergebnis lässt sich auch aus dem Vergleich Anerkennungs- und Aberkennungsklage herleiten: Die Aberkennungsklage ist das Spiegelbild der Anerkennungsklage. Wenn in der Anerkennungsklage gemäss gesetzlicher Formulierung (Art. 79 SchKG) ein Anspruch geltend gemacht werden muss, muss in der Aberkennungsklage geltend gemacht werden, dass kein Anspruch besteht.

4. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages im Aberkennungsprozess

Der Gläubiger aus einem synallagmatischen Vertrag muss, um seinen Anspruch im SchKG durchsetzen zu können, gemäss herrschender Lehre auch nachweisen können, dass er seiner Schuldnerverpflichtung nachgekommen ist (81), d.h. zumindest im Rechtsöffnungsbegehren gehört die Erfüllung der schuldnerischen Pflicht durch den

Gläubiger zum Klagefundament. Wenn dem so ist, so findet die Einrede des nicht erfüllten Vertrags im SchKG als anspruchshemmende Einrede keinen Platz mehr, auch nicht im Aberkennungsverfahren, da auch dort erst die eigene Leistung des Gläubigers anspruchsbegründend ist.

Aber auch, wenn man annehmen wollte, dass der Anspruch des Gläubigers erst auf Einrede aus Art. 82 OR des Schuldners gehemmt würde, so dürfte der Aberkennungskläger diese Einrede im Aberkennungsprozess noch vorbringen mit der Wirkung, dass die Forderung des Gläubigers nicht durchsetzbar ist, solange er selbst nicht geleistet hat, denn der Schuldner darf alle Tatsachen und Einreden vortragen, die der Forderung die Durchsetzbarkeit nehmen, auch wenn der Forderung dadurch erst nach Erlass des Zahlungsbefehls die Durchsetzbarkeit entzogen wird.

Schon prozessrechtlich unsinnig wäre es, die Aberkennungsklage bei erfolgreicher Einrede Zug um Zug gutheissen bzw. Zug um Zug abweisen zu wollen. Für das Feststellungsurteil ist ein derartiger, dem Leistungsurteil zugedachter Zusatz undenkbar.

Insbesondere ist es - wenn zwar die Forderung begründet, aber auf Grund der mangelnden Erfüllung des Gläubigers nicht durchsetzbar ist - nicht notwendig, die Aberkennungsklage zur Zeit gutzuheissen.

IV. Die Regelung im SchKG de lege ferenda

Wie bereits gesehen (82), lässt das SchKG eine Vollstreckung bedingter Urteile nicht zu. Sofern die Gegenleistung des Klägers aussteht, wird ihm auch bei einem Urteil auf Leistung Zug um Zug die definitive Rechtsöffnung verweigert. Damit verwehrt das SchKG eine austausch-

mässige Vertragserfüllung in der Zwangsvollstreckung. Es ist deshalb wünschenswert, dass das SchKG um eine analoge Regelung des zürcherischen § 304 Abs. 2 ZPO ergänzt wird.

Die von der BZPO als auch von den Kantonen Bern und Freiburg verwirklichten Lösungen scheinen mir allerdings schon sehr nahe an das heutige System des SchKG heranzukommen: soweit der ersturteilende Richter festgestellt hat, dass der Kläger die Gegenleistung erbracht hat, ist die Vollstreckung möglich. Gleiches ist heute bereits im SchKG vorgesehen: sobald der ersturteilende Richter festgestellt hat, dass der Kläger seine Gegenleistung erbracht hat, also festgestellt hat, dass die Einrede d.n.e.V. nicht mehr begründet ist, liegt kein bedingtes, sondern ein unbedingtes Urteil im Sinne von Art. 80 SchKG vor; damit wäre die definitive Rechtsöffnung zu gewähren.

Wesentlich scheint mir jedoch, dass der vertragsmässige Austausch in die Vollstreckung selbst hineingetragen wird. In diesem Sinne ist die von Schmidt vorgeschlagene Lösung zu verstehen (83): "Im Anschluss an Art. 144 Abs. 1 und Art. 155 Abs. 2 SchKG wird ein neuer Absatz eingeführt, der wie folgt lauten würde: Hat der Schuldner einen Anspruch auf eine Gegenleistung des Gläubigers, der auf einem gerichtlichen Urteil auf Leistung Zug um Zug beruht, so darf dem Gläubiger der ihm zustehende Erlös erst ausgehändigt werden, wenn er beweist, dass er seinerseits die dem Schuldner zustehende Leistung erbracht hat".

Dieser Lösungsvorschlag geht m.E. zu weit. Wie in der Realexekution die Vollstreckung durch eine Verfügungsbeschränkung im Grundbuch oder durch eine andere

vorsorgliche Massnahme gesichert wird, diese Massnahme aber nach einer bestimmten Frist, die dem Kläger angesetzt, wieder aufgehoben und dem Beklagten die von ihm erbrachte Leistung unbeschadet aller Rechte zurückerstattet wird, muss ähnliches auch in der Vollstreckung von Geldleistungen möglich sein. Es wäre durchaus denkbar, dass der Kläger seine Leistung nicht erbringt (84), ihm demnach der ihm 'zustehende' Erlös nicht ausgehändigt werden kann. Dem Schuldner könnte andererseits seine verwertete Sache nicht mehr zurückerstattet werden. M.E. würde sich deshalb folgende Einschreibung im Anschluss an Art. 116 und Art. 154 SchKG eher rechtfertigen:

'Hat der Schuldner einen Anspruch auf eine Gegenleistung des Gläubigers, der auf einem gerichtlichen Urteil auf Leistung Zug um Zug beruht, so darf der Gläubiger das Verwertungsbegehren erst stellen, wenn er nachweist, dass er seine Gegenleistung an den Schuldner erbracht hat'.

§ 7 Kantonale Zwangsvollstreckung

I. Allgemein

Ausgangslage: Der Kläger hat ein Leistungsurteil Zug um Zug und möchte es vollstrecken lassen. Gemäss § 304 Abs. 2 ZPO wird im Befehlsverfahren zu entscheiden sein, ob er seine Gegenleistung erbracht habe, bzw. ob diese Voraussetzung der Vollstreckung erfüllt sei.

Der Beklagte wird bestreiten, dass der Kläger seine Gegenleistung erbracht hat und wird überdies behaupten, dass die vom Gericht im Erstprozess umfangmässig festgestellte Gegenleistung nicht die vertragsgemässe Leistung sei.

Daraus ergeben sich Probleme: Wenn das Urteil auf Leistung Zug um Zug lautet und im Befehlsverfahren entschieden wird, ob die Erbringung der Gegenleistung als Voraussetzung der Vollstreckung erbracht sei, fragt es sich, ob der Kläger bei Anhebung des Befehlsverfahrens seine Gegenleistung schon erbracht haben müsse, bzw. welches der für ihn letzte Zeitpunkt sei, diese Leistung zu erbringen. Es fragt sich weiter, wie der Kläger seinen Nachweis erbringen könne und welche Bedeutung die Bestimmung der Gegenleistung durch das Ersturteil für den Befehlsrichter habe.

II. Rechtsnatur der durch Ersturteil umfangmässig festgestellten Gegenleistung des Klägers

Dem Befehlsrichter würde die Aufgabe überaus erleichtert, wenn im Ersturteil Höhe und Umfang der Gegenleistung festgehalten wären, er also vom Vollstreckungskläger bzw. Vollstreckungsgläubiger nur den Beweis für

die Erbringung oder für das Angebot der dort festgestellten Gläubigerleistung fordern müsste. So könnte dem Befehlsrichter jedoch keine Erkenntnistätigkeit mehr zukommen, sondern nur Ergänzung bzw. Feststellung eines Sachverhaltes, einer Tatsache. Seine Stellung würde der eines Sachverständigen sehr nahe kommen (1).

Wenn wir das Ersturteil analysieren, erkennen wir, dass die Bestimmung der Gegenleistung nur im Beweisverfahren erfolgte (2) und nur zum Zwecke des Beweises des Vertragsschlusses sowie u.U. des synallagmatischen Charakters dieses Vertrages. Der synallagmatische Charakter des Vertrages musste nachgewiesen werden, um die Berechtigung der Einrede des nicht erfüllten Vertrages untersuchen zu können, die ihrerseits zum Urteil auf Leistung Zug um Zug führte. Insbesondere darf das Dispositiv i.e.S. nichts über die Gegenleistung des Gläubigers aussagen, um diese Ausführungen nicht in Rechtskraft erwachsen zu lassen (3).

Vor allem fragt sich nun, wie der Erstrichter, der ordentliche Richter, die Gegenleistung umfangmässig festsetzen könne, weiter, ob der Befehlsrichter an diese Feststellungen gebunden sei oder ob er im Gegenteil noch eine eigene Erkenntnistätigkeit ausüben dürfe und/oder müsse, indem er den Umfang der Gegenleistung des Klägers feststellt.

Dafür, dass ihm Erkenntnistätigkeit zukommt, sprechen verschiedene Gründe: wenn der Erstrichter den Umfang der Gegenleistung nicht materiell rechtskräftig feststellen darf, so kann es nicht völlig abwegig scheinen, wenn der Vollstreckungsbeklagte die Einwendung erheben dürfe, die Gegenleistung sei vom ordentlichen Richter umfangmässig falsch festgehalten worden. Einer

solchen Einrede würde ja insbesondere nicht diejenige der res iudicata entgegenstehen.

Im weiteren gehört dieser Sachverhalt - Erbringung der Gegenleistung -, "seiner Natur nach ins Erkenntnisverfahren...., nicht anders, als wenn er sich vor dem Urteil verwirklicht hätte" (4). Dieses zweite Urteil, ein Feststellungsurteil im eigentlichen Sinn, würde seinerseits dem Rekurs (5) und der Berufung ans Bundesgericht (6) unterliegen.

Die Erleichterungen, die dieses Verfahren mit sich bringen würde, wären dann allerdings unbedeutend. Im Prinzip hätte der Gesetzgeber nur die sachliche Zuständigkeit neu aufgeteilt und an Stelle des ordentlichen Richters den Einzelrichter im Befehlsverfahren für zuständig erklärt. Des weitern würde durch dieses erleichterte Feststellungsverfahren über die Gegenleistung auch ein rechtskräftiges Urteil vorliegen und zwar mehr oder weniger über einen erzwungenen Weg, indem der Gläubiger und Kläger nur vollstrecken könnte, wenn er die Erfüllung seiner eigenen Leistung rechtskräftig feststellen lassen würde.

Abgesehen davon würde ein derartiges Verfahren eine Vollstreckung Zug um Zug nicht zulassen (7), sondern im Gegenteil den Kläger vorleistungspflichtig machen, wenn er vor der eigentlichen Vollstreckung den Nachweis der eigenen Erfüllung erbringen müsste.

III. Bestehende Regelungen anderer Kantone und des Bundes

1. Bund

Gemäss Art. 74 Abs. 2 BZPO ist ein Urteil, das

die Vollstreckung von der Erbringung einer Gegenleistung abhängig macht, erst dann vollstreckbar, wenn das Bundesgericht festgestellt hat, dass die Gegenleistung erbracht ist.

2. Kanton Bern

Der Kanton Bern hat sich in seiner Zivilprozessordnung über die Zuständigkeit der Prüfung, ob die Gegenleistung erbracht ist, nicht ausgesprochen. Rechtsprechung (8) und Literatur (9) sprechen sich jedoch dafür aus, dass die Feststellung ob die Gegenleistung erbracht ist, zweckmässigerweise demjenigen Richter unterbreitet wird, der das bedingte Urteil ausgesprochen hat. Die Begründung liegt darin, dass es Gründe materiellrechtlicher Art gebe, die Beurteilung der Frage, ob der Kläger die Gegenleistung erbracht habe, dem ersturteilenden Richter zu auferlegen. Er sei wohl am ehesten in der Lage, dies zu beurteilen, da er die Bedingung bzw. die Gegenleistung urteils-mässig festgesetzt habe.

3. Kanton Freiburg

Gleich wie im Bund und im Kanton Bern ist es im Kanton Freiburg: die Frage, ob die Gegenleistung erbracht wurde (bzw. ob eine Bedingung eingetreten ist), wird dem ersturteilenden Richter unterbreitet (10).

IV. Kanton Zürich

Der Zürcherische Gesetzgeber weist die Frage, ob die Gegenleistung erbracht wurde, in das Befehlsverfahren. An sich drückt § 304 Abs. 2 ZPO nicht klar aus, ob der Richter, der mit der Vollstreckung betraut ist, diese Frage zu prüfen hat, oder vorgängig des Vollstrek-

kungsrichters der Befehlsrichter. Aus einem Vergleich zwischen Abs. 1 und Abs. 2 von § 304 ZPO ergibt sich jedoch, dass beide Male der Befehlsrichter zur Vollstreckung rechtskräftiger gerichtlicher Entscheide (11) gemeint sein muss. Abs. 1 bezeichnet allgemein die sachliche Zuständigkeit für die Vollstreckung: "Entscheide ... werden im Befehlsverfahren vollstreckt ...". Absatz 2 ist nur eine Wiederholung "... so wird im Befehlsverfahren entschieden...". Hätte der Kanton Zürich die Feststellung der erbrachten Gegenleistung einem selbständigen Befehlsverfahren unterbreiten wollen, so hätte dies im Gesetz deutlich zum Ausdruck kommen müssen.

Damit weicht der Kanton Zürich von den bisher bestehenden gesetzlichen Regelungen im Bund wie auch in den Kantonen Bern und Freiburg ab. Die Begründung für die zürcherische Lösung mag in der Prozessökonomie liegen: statt zweier mehr oder weniger selbständiger Verfahren wird ein einziges Verfahren bestimmt. Dass der ersturteilende Richter besser in der Lage sein soll, zu überprüfen, ob die Gegenleistung erbracht worden ist, ist kein schlagkräftiges Argument, um ihm das Zweitverfahren aufzubürden. Sicher fehlt es in der Schweiz auch nicht an der fachlichen Kompetenz des Befehlsrichters wie angeblich in Deutschland (12), da er fachlich an sich gleich ausgebildet ist, wie der ersturteilende Richter. Ebenso wenig spricht die Ausgestaltung des Vollstreckungsrechtes der einzelnen Kantone, insbesondere des Kantons Zürich, dagegen (13).

Damit der Befehlsrichter bei der Feststellung der erbrachten Gegenleistung nicht ein mehrfaches an Arbeit als der ersturteilende Richter hat, ist vonnöten, dass der ersturteilende Richter im vollstreckbaren Urteil die zu erbringende Gegenleistung genau bezeichnet, so dass dem Befehlsrichter nichts anderes verbleibt, als die im Urteil bezeichnete Leistung mit der erbrachten bzw. ange-

botenen Leistung zu vergleichen. Dass das Dispositiv dadurch an Uebersichtlichkeit verliert, ist z.B. nicht wesentlich, da die Umschreibung der Gegenleistung in einer eigenen Dispositivsziffer erfolgen könnte und so vom beurteilten Anspruch klar abgetrennt würde. Angesehen davon würde wohl kein Richter zögern, die Gegenleistung ins Dispositiv aufzunehmen, wenn sie sich leicht umschreiben liesse (14) und er erst zögern würde, wenn die Uebersichtlichkeit des Dispositivs darunter leiden würde.

Auch die Rechtskraft, die dem Dispositiv zukommt, spricht nicht gegen die Aufnahme der zu erbringenden Gegenleistung: nach § 304 Abs. 1 ZPO darf schon das erkennende Gericht Vollstreckungsanordnungen treffen, die ebenfalls nicht in Rechtskraft erwachsen. Damit ist nicht einzusehen, weshalb die zu erbringende Gegenleistung nicht auch ins Dispositiv aufgenommen werden sollte. Sie ist zwar keine Vollstreckungsanordnung im eigentlichen Sinn (15), sondern Voraussetzung, dass vollstreckt werden kann. Bezüglich der Aufnahme ins Dispositiv kann sie aber doch gleich behandelt werden wie die Vollstreckungsanordnungen.

Gemäss § 304 Abs. 2 ZPO scheint es ebenfalls zulässig, die Gegenleistung verbei ins Dispositiv aufzunehmen: "Macht der Entscheid die Pflichten ... von einer Gegenleistung abhängig...", deutet darauf hin, dass der Gesetzgeber vorsah, dass das Dispositiv selbst auch die Gegenleistung bezeichnet.

Es wäre nicht einzusehen, weshalb das Urteil wörtlich auf 'Leistung Zug um Zug' lauten dürfte, ohne die Gegenleistung konkret zu bezeichnen.

Dadurch, dass der Befehlsrichter die Erbringung

bzw. das Angebot der Gegenleistung zu prüfen hat und diese Frage nicht einem selbständigen Verfahren zugeordnet wird, entfällt das lästige Problem um die Rechtsnatur dieser Klage, die von der bernischen Praxis und Lehre auch nur ungenügend erklärt werden kann: es handle sich nicht um eine Feststellungsklage im Sinne der bernischen ZPO. "Vielmehr liegt eine Klage besonderer und lediglich dem Zwecke der Vollstreckung dienender Art vor, vergleichbar etwa der Klage auf Feststellung neuen Vermögens im Rahmen des Betreibungsrechtes" (16). An einem andern Ort: "Der Antrag auf Feststellung einer Bedingung ist am ehesten einer Verfügung auf einseitigen Antrag gleichzustellen" (17).

V. Verfahren

1. Kanton Bern

Die an der Vollstreckung interessierte Partei stellt beim urteilenden Richter das Begehren, es sei festzustellen, dass die im Urteil bezeichnete Gegenleistung erbracht bzw. angeboten worden ist. Der Gegenpartei ist die Möglichkeit einer schriftlichen Vernehmlassung unter Fristansetzung gegeben, doch wird über das Begehren ohne Parteiverhandlung im summarischen Verfahren unter Beifügung einer kurzen schriftlichen Begründung entschieden (18).

2. Zürich

- a) Für den Befehlsrichter massgebender Zeitpunkt der Leistungserbringung oder des -angebots durch den Kläger

Damit der Kläger das Urteil vollstrecken lassen kann,

muss er im Befehlsverfahren nachweisen, dass die Voraussetzungen der Vollstreckung erfüllt sind. Es kann sich jedoch nicht um eine eigentliche Vollstreckung handeln, sondern darum, dass die Vollstreckungsvoraussetzung des ordentlichen Richters, 'Zug-um-Zug-Vollstreckung', erfüllt werden kann oder erfüllt worden ist. Keinesfalls aber bedeutet die Vollstreckungsvoraussetzung, dass der Kläger, um eine vollstreckbare Ausfertigung des Urteils zu erlangen, seiner Leistungspflicht schon nachgekommen sein müsste. Genausowenig, wie ihn vor dem Ersturteil eine Vorleistungspflicht trifft, sowenig trifft sie ihn vor dem Befehlsverfahren. Seine Schuld bleibt eine Austauschschuld, sein Anspruch ein Austauschanspruch und zwar bis in die Vollstreckung selbst (19).

Diese Feststellungen ergeben sich aus der Natur des Prozessrechts im Vergleich mit dem materiellen Recht. Ganz allgemein lautet der Grundsatz, dass das Prozessrecht die Verwirklichung und Durchsetzung des materiellen Bundesrechts weder verhindern noch unzumutbar erschweren dürfe. Das bedeutet, dass sich durch Erlass des Ersturteils an der Rechtslage nichts geändert haben darf. Es darf nicht die Gläubiger- oder Schuldnerqualität weder des Klägers noch des Beklagten durch Urteil begünstigt oder erschwert werden. Die oben gemachten Ausführungen über den Gläubiger- und Schuldnerverzug könnten hier wörtlich übernommen werden. Insbesondere wichtig scheint mir der Hinweis, dass der Kläger durch Real- oder Verbaloblation allein die Voraussetzungen für die Vollstreckung noch nicht geschaffen hat, weil eben der Kläger seiner Verpflichtung nicht nachgekommen ist, wenn er seine Leistung nur angeboten hat. Dies ist die Rechtslage vor Erlass des Ersturteils und - wenn das Ersturteil die Rechtslage nicht zu verändern vermag - auch nach dessen Erlass.

Der Kläger vermag auch nach Ersturteil durch Real- bzw. Verbaloblation die gleichen Wirkungen zu erzielen wie vorher; das sind diejenigen des Gläubigerverzugs seitens des Beklagten gemäss Art. 91 ff. OR.

Da für das bisher gesagte ein Urteilstypus auf Leistung Zug-um-Zug nicht notwendig wäre, muss die Vorschrift von § 304 Abs. 2 ZPO weitergehen und den Austausch in der Vollstreckung selbst zulassen. § 304 Abs. 2 kann als Kompetenznorm für den Befehlsrichter gelten, einen korrekten Austausch von Leistungen in der Vollstreckung zu garantieren.

Der Befehlsrichter hat dafür die gesetzlichen Mittel zur Verfügung, einerseits also die einzelnen Vollstreckungsmittel gemäss § 306 ff. ZPO und die in § 223 Ziff. 1/2 ZPO vorgesehenen Massnahmen (20).

Für den Befehlsrichter kann der Sachverhalt recht verschieden vorliegen: die Ausgestaltung der Zwangsvollstreckung wird verschieden sein, je nachdem, was für Leistungen auf Seiten des Klägers bzw. des Beklagten vorliegen. Der Beklagte kann die Leistung des Klägers zurückgewiesen haben oder wäre zwar bereit gewesen, sie anzunehmen, ohne dabei jedoch gleichzeitig seine Leistung zu erbringen.

- b) Befehlsverfahren zur Vollstreckung rechtskräftiger gerichtlicher Entscheide gemäss § 222 Ziff. 1 ZPO

Stellt der Kläger das Vollstreckungsbegehren, so muss der Befehlsrichter entscheiden, ob die Voraussetzung der Vollstreckung erfüllt sei, § 304 Abs. 2 ZPO. Die Formulierung lässt zu, dass der Kläger noch nicht erfüllt hat, dass er aber zur Zeit der Rechtshängigkeit des

Vollstreckungsbegehrens erfüllen kann. Es ergeben sich folgende Möglichkeiten:

aa) Der Kläger hat die Gegenleistung bereits erbracht

Die Erbringung seiner Leistung kann der Kläger durch Urkunden beweisen. Allfällige Einreden des Beklagten müssten ebenfalls urkundlich nachgewiesen werden. Andere Beweismittel wie persönliche Befragung der Parteien nach § 149 ZPO, schriftliche Auskünfte und Augenschein sind m.E. im Fall bereits erbrachter Gegenleistung zwar zulässig aber wenig sinnvoll.

Im Falle der Säumnis des Beklagten hat der Kläger seine Leistung durch Urkundenbeweis zu belegen; es genügt also nicht nur seine Behauptung.

bb) Der Kläger hat bereits ein Realangebot gemacht

Weist der Beklagte ein Angebot des Klägers zurück und begründet so den Gläubigerverzug, so ist dadurch m.E. die Vollstreckungsvoraussetzung noch nicht erfüllt, da der Kläger, um sich von seinen Verbindlichkeiten zu befreien, die angebotene Leistung hinterlegen müsste (Art. 92 OR). Im Falle der Hinterlegung ist Urkundenbeweis gegeben. Allfällige Einreden des Beklagten müssten urkundlich bewiesen werden.

cc) Verbaloblation

Erklärt sich der Kläger zur Leistung bereit, verweigert der Beklagte jedoch im Befehlsverfahren selbst die Annahme der Leistung, so ist die Voraussetzung der Vollstreckung erfüllt. Allfällige Einreden des Beklagten,

die sich gegen die Leistungsbereitschaft des Klägers richten, müssten urkundlich, eventuell durch Augenschein oder Zeugenbefragung, nachgewiesen werden. Ebenso stehen dem Kläger für den Beweis seiner Leistungsbereitschaft Urkundenbeweis, eventuell Augenschein oder Zeugenbefragung, offen.

dd) Realoblation

Bei Realoblation wird es dem Kläger meist nicht möglich sein, seine Leistung im Gerichtssaal selbst anzubieten. Wo es möglich ist, muss es als gültiges Angebot, das die Voraussetzung der Vollstreckung erfüllt, zugelassen werden. In den andern Fällen muss der Kläger zur Zeit des Befehlsverfahrens erfüllungsbereit sein. Die Erfüllungsbereitschaft ist durch Urkunden, Augenschein eventuell Zeugen, nachzuweisen. Der Befehlsrichter könnte diesfalls den Stadt-/Gemeindeammann beauftragen, die Vollstreckung vorzunehmen unter gleichzeitiger Erbringung bzw. Angebot der Gegenleistung. Dabei wäre der Stadt-/Gemeindeammann nicht Vertreter des Klägers, sondern er hätte nur nach Massgabe der Anordnungen des Befehlsrichters das Angebot bzw. die Erbringung der Gegenleistung durch den Kläger zu überwachen. Die Möglichkeit, die Gegenleistung in der eigentlichen Vollstreckung zu anerbieten bzw. zu erbringen, ist in der Literatur anerkannt (21).

c) Austausch von Sachleistungen

Ist der Vollstreckungsbeklagte nicht bereit gewesen, entweder die Leistung des Vollstreckungsklägers anzunehmen, oder sie im Austausch gegen die eigene Leistung anzunehmen, so hat der Vollstreckungskläger

die Möglichkeit, den Leistungsgegenstand gemäss Art. 92 OR zu hinterlegen.

aa) Hinterlegung durch den Kläger

Voraussetzung der Hinterlegung nach Art. 92 OR sind Gläubigerverzug und nach ihrer Beschaffenheit hinterlegungsfähige Sachen (22), d.h. "bewegliche Sachen, welche vernünftigerweise aufbewahrt werden können" (23).

Damit durch die Hinterlegung die befreiende Wirkung eintritt, muss die Hinterlegungsstelle vom Richter am Erfüllungsort bezeichnet werden (24) und die Hinterlegung muss zugunsten des Schuldners erfolgen (25). Die Hinterlegung ist nur "bedingte Lösung der Obligation" (26), solange der Zweck der Hinterlegung nicht erreicht wird, nämlich die Annahme durch den Gläubiger. Allerdings hat der Schuldner gegenüber dem Gläubiger, der als Schuldner die Einrede d.n.e.V. erhebt, die Einrede aus Art. 92 OR (27), welche die Einrede aus Art. 82 OR u.U. entkräftet. Sie entkräftet die Einrede aus Art. 82 OR insofern, als eine Behauptung des Beklagten, der Kläger habe überhaupt nicht erfüllt, ungehört bliebe.

Wenn die Hinterlegung gemäss Art. 92 OR als Erfüllung seitens des Schuldners zu gelten hat (und notgedrungen auch für den Gläubiger), so beginnen für den Adressaten der Hinterlegung, also für den Gläubiger die Fristen für die Mängelrüge nach Art. 197 ff. OR zu laufen (28). Der Gläubiger, beispielsweise Käufer, muss, "sobald es nach dem üblichen Geschäftsgange tunlich ist", die Kaufsache nach ihrer Beschaffenheit überprüfen und festgestellte Mängel sofort dem Verkäufer melden (29), andernfalls die Sache als genehmigt gilt (29). Gleiches

lässt sich jedoch nicht über die Quantität des Kaufobjekts sagen. Der Gläubiger hat Teilleistungen nicht anzunehmen (30), der Schuldner kann sich demgemäss auch nicht durch Hinterlegung nur eines Teiles seiner Leistung von seiner Verbindlichkeit befreien, es sei denn, der fehlende Teil sei so minim, dass eine Weigerung der Annahme des Angebots wider Treu und Glauben verstossen würde (31) (32). Man könnte zwar die These vertreten, dass der Schuldner sich mit einer Teilleistung bzgl. dieses Teils befreien könnte, wenn der Gläubiger diese Teilleistung annimmt. Folglich dürfte der Gläubiger mit einer entsprechenden Teil-Gegenleistung nicht, sich auf Art. 82 OR berufend, zurückhalten (33). Dies wäre dann da nicht mehr möglich, wo seine Gegenleistung unteilbar ist. Wollte man dieser Meinung von Bürens folgen, so müsste der Gläubiger analog der Mängelrügefrist auch hier innert geschäftsüblicher Zeit nachprüfen, ob der Schuldner quantitativ richtig erfüllt hat und je nachdem die hinterlegte Teilleistung erkennbar zurückweisen. Der Lösung von Bürens steht expressis verbis keine Gesetzesnorm entgegen. Man könnte sich höchstens fragen, ob etwa der Gesetzgeber durch ausdrückliche Nennung der Mängelrüge eine analoge Anwendung für quantitative Mängel ausschliessen wollte.

Nur Hinterlegung der vertragskonformen schuldenrischen Leistung vermag die Zug-um-Zug-Bedingung des Ersturteils zu erfüllen. Erscheint der Kläger beim Befehlsrichter, ist es zweifellos zulässig, dass dieser auf Grund von § 219 lit. a Ziff. 1 ZPO und § 222 Ziff. 1 ZPO die Hinterlegung bewilligt. Allein durch diese Hinterlegung wird die Zug-um-Zug-Bedingung jedoch nicht erfüllt. Es muss dem Vollstreckungsbeklagten die Hinterlegung angezeigt werden, damit er sie innerhalb des

geschäftsüblichen Zeitrahmens auf ihre Beschaffenheit und eventuelle Quantitätsmängel (34) (35) überprüfe. Gleichzeitig ist ihm anzudrohen, dass gegen ihn vollstreckt würde, falls er keine zulässigen materiellrechtlichen Einreden und/oder Einwendungen erhebe oder erfülle. Dies kann jedoch noch immer nicht für eine Vollstreckung Zug-um-Zug genügen. Der Befehlsrichter selbst hat neben der Anordnung des Hinterlegungsortes gemäss § 219 lit. a Ziff. 1 ZPO als Vollstreckungsorgan gemäss § 304 Abs. 2 ZPO und § 222 Ziff. 1 ZPO von Amtes wegen nachzuprüfen, ob die hinterlegte Leistung der durch Ersturteil genannten Gegenleistung entspreche. Es ist hier die Tätigkeit des Einzelrichters im Sinne von § 219 ZPO und jene im Sinne von § 222 Ziff. 1 ZPO scharf zu trennen. Nach § 219 ZPO darf er nicht nachprüfen, ob die hinterlegte Sache die geschuldete Sache ist, nach § 222 Ziff. 1 ZPO i.V. mit § 304 Abs. 2 ZPO muss er es nachprüfen.

Wie er tätig wird - ob nur als Richter, der den Erfüllungsort zu bestimmen hat oder auch als Richter, der die Vollstreckung anordnet - hängt vom Rechtsbegriff des Klägers ab.

Statt dessen kann der Befehlsrichter auch eine Tagfahrt ansetzen, an der mindestens der Beklagte vorzuladen ist, um eventuelle Mängel - in qualitativer und quantitativer Hinsicht - zu Protokoll zu geben und gleichzeitig bei Mangelfreiheit den Austausch vorzunehmen.

aaa) Hinterlegungsort

Der Hinterlegungsort wird vom Richter am Erfüllungsort bestimmt, Waren können "auch ohne richter-

liche Bestimmung in einem Lagerhaus hinterlegt werden" (36).

bb) Selbsthilfeverkauf

Auch für den Selbsthilfeverkauf ist Voraussetzung, dass der Vollstreckungskläger Real- oder Verbaloblation gemacht habe bzw. dass der Vollstreckungsbeklagte im Gläubigerverzug sei. Im übrigen ist Selbsthilfeverkauf nur da zulässig, wo Hinterlegung nicht möglich oder untunlich ist (37). Nicht möglich ist die Hinterlegung zum Beispiel dann, wenn die Sachen zu gross sind bzw. wenn keine Lagerhäuser bestehen, in denen derartige Sachen gelagert werden könnten (38). Nicht tunlich ist die Hinterlegung, wenn die Sachen raschem Verderben ausgesetzt sind, also sicher bei Früchten und Gemüse, m.E. aber auch da, wo es sich um Sachen handelt, deren Wert sich rasch vermindert, auch wenn sie an sich durch Lagerung in Lagerräumen keinen Schaden nehmen.

Vorgängig eines zulässigen Selbsthilfeverkaufs muss dem Gläubiger vom Richter der Verkauf angedroht werden. Dass auch die Androhung vom Richter angeordnet werden muss, erklärt sich daraus, dass der Gläubiger dadurch auf seine bedrohliche Lage aufmerksam gemacht wird.

Bei der Bewilligung des Selbsthilfeverkaufs muss der Kläger sowohl den Annahmeverzug des Beklagten als auch die spezifischen Voraussetzungen des Selbsthilfeverkaufs nachweisen. Zwar spricht sich die herrschende Lehre so aus, dass die Glaubhaftmachung jeweils genüge (39). Glaubhaftmachen genügt m.E. jedoch insoweit nicht, als eine Ueberweisung ins ordentliche Ver-

fahren nicht möglich ist.

cc) Erfüllung durch Annahmeverweigerung

Nicht folgen kann ich der Ansicht Guldener's (40), dass die Leistung des Schuldners als erbracht gilt, wenn die Annahmeverweigerung durch den Gläubiger wider Treu und Glauben verstösst. Bei Annahmeverweigerung sieht das Gesetz den Annahmeverzug und dessen Folgen vor. Diese Regeln können nicht derart ergänzt werden, dass sich eine für den Annahmeverzug völlig neue, vom Gesetz nicht vorgesehene Lösung ergibt.

dd) Einstweilige Verfügungen

Einstweilige Verfügungen können u.a. erlassen werden zur Sicherung behaupteter Rechte, sei dies nur Sicherung zukünftiger Zwangsvollstreckung, sei dies vorläufige Vollstreckung (41) behaupteter Ansprüche. Voraussetzung zum Erlass einer einstweiligen Verfügung ist das Bestehen einer Gefahr, dass ohne einstweilige Verfügung der Anspruch überhaupt nicht mehr oder nur sehr schwer realiter durchgesetzt werden kann (42). Negative Voraussetzung ist, dass die vorsorglichen Massnahmen mit dem Bundesprivatrecht nicht in Widerspruch stehen (43).

Damit der Richter eine einstweilige Verfügung erlässt, muss der Antragsteller seinen Anspruch glaubhaft machen können (44) oder besser: muss er glaubhaft machen, dass die Durchsetzung seines Rechts erschwert oder verunmöglicht würde.

Im Allgemeinen wird darauf hingewiesen, dass einstweilige Verfügungen vor oder während Rechtshängigkeit der Klage zulässig sind, sinngemäss müssen diese

auch im Vollstreckungsverfahren zulässig sein: auf Grund von § 204 ZPO sind die Vorschriften des ordentlichen Verfahrens auch im summarischen Verfahren anwendbar, sofern keine entgegenstehenden Normen dies verhindern.

Guldener spricht davon, dass die Forderung des Klägers als bedingte Leistungspflicht durchgesetzt werden könne, der Vollstreckungsbeklagte so lange Eigentümer des Leistungsgegenstandes bleibe, als der Vollstreckungskläger die eigene Leistungspflicht nicht erfüllt habe (45).

Dass in diesem Falle einstweilige Verfügungen zur Sicherung einer künftigen Uebereignung an und für sich zulässig sind, ergibt sich direkt aus dem materiellen Recht: gemäss Art. 152 Abs. 2 OR ist der bedingt Berechtigte befugt, "bei Gefährdung seiner Rechte dieselben Sicherungsmassregeln zu verlangen, wie wenn seine Forderung eine unbedingte wäre". Die Forderung aus gegenseitigem Vertrag ist zwar eine unbedingte, der Anspruch aus dieser Forderung entsteht bei bestehender Einrede aus Art. 82 OR aber erst mit Erbringen der eigenen Leistung. Zweifellos sind also Sicherungsmassregeln zulässig, doch müssen immerhin die allgemeinen Voraussetzungen dafür gegeben sein, d.h. das Bestehen einer Gefahr für die Durchsetzung des eigenen Anspruchs. Es kann aber sicher nicht schon dann von einer Gefahr gesprochen werden, wenn der Beklagte sich bis anhin geweigert hat zu erfüllen, weil auch der Kläger noch keine Erfüllung angeboten hat. Gelingt dem Kläger jedoch der Nachweis, dass er nach Urteilserlass erfolglos (46) ein Angebot gemacht hat, so dürfte die Voraussetzung der Gefährdung der Anspruchsdurchsetzung erfüllt, eine

einstweilige Verfügung also zulässig sein. Denn nur eine abstrakte, allgemeine, jeder Forderung aus gegenseitigem Vertrag inhärente Gefahr kann für den Erlass einer vorsorglichen Massnahme nicht genügen, der Schuldner muss sich in einer Art und Weise verhalten, die an einer ordentlichen Erfüllung seiner Schuld begründete Zweifel hegen lässt (47).

Mit der Bewilligung bzw. mit Erlass einer einstweiligen Verfügung ist, wenn der Gesuchsteller noch keine Klage erhoben hat, normalerweise eine Fristansetzung verbunden, um Klage einzureichen unter der Androhung, dass sonst die Massnahmen dahinfallen (48). Dieser Grundsatz hat auch für das Vollstreckungsbegehren Geltung insbesondere mit Wirkungen für das materielle Recht. Die Fristansetzung durch den Einzelrichter ersetzt die Fristansetzung durch den Schuldner gemäss Art. 107 OR; es ist nicht etwa so, dass diese Fristansetzung nach Art. 107 erst auf Verlangen des Vollstreckungsbeklagten anzusetzen ist (49).

Dass diese Frist von Amtes wegen und nicht erst auf Verlangen des Vollstreckungsbeklagten anzusetzen ist, ergibt sich aus dem Wesen der einstweiligen Verfügung, die nicht einen endgültigen Zustand schaffen kann. Erbringt der Kläger innerhalb dieser Frist seine Leistung nicht oder bietet er sie nicht an, fällt die einstweilige Verfügung wieder dahin und das Befehlsbegehren wird mangels Erfüllung der Voraussetzung abgewiesen.

Fraglich ist, welche Wirkungen eine derartige einstweilige Verfügung hat. Verhindert sie nur, dass der Schuldner selbst über die Sache rechtsgeschäftlich verfügt oder richtet sie sich auch gegen eine spätere

Pfändung der Sache in einer gegen den Schuldner angehobenen Betreibung? Das Bundesgericht vertritt die Meinung, die Beschränkung der Verfügungsmacht richte sich nur gegen rechtsgeschäftliche Verfügungen des Schuldners, habe aber auf eine Pfändung keinen Einfluss (50). Der Schutz des Gläubigers ist aber ungenügend, wenn die Beschränkung der Verfügungsmacht sich nur gegen rechtsgeschäftliche Verfügungen des Schuldners richtet, denn so "könnte der Schuldner dem Gläubiger die Sache trotz Verfügungsbeschränkung dadurch entziehen, dass er nachträglich Verpflichtungen begründet, die zur Pfändung und Verwertung der Sache führen..." (51).

Die Beschlagnahme einer Sache als mögliche vorsorgliche Massnahme kann nicht nur obligatorische Wirkungen haben, sie begründet im Gegenteil m.E. ähnliche Wirkungen wie ein dingliches Recht, so dass sie nicht nur den Beschlagnahmebelasteten trifft, sondern auch jeden Dritten (52). Obligatorische Rechte an Grundstücken können zum Beispiel durch amtliche Anordnung (Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB) durch Vormerkung im Grundbuch gesichert werden (Art. 959 Abs. 1 ZGB). Diese Vormerkungen haben Wirkung gegenüber jedem später erworbenen Recht (Art. 959 Abs. 2 und Art. 960 Abs. 2 ZGB). 'Später erworbene Rechte' sind aber nicht nur die durch Rechtsgeschäft begründeten Rechte, sondern auch andere dingliche Rechte oder eben auch der Pfändungs- und Konkursbeschluss (53). Es ist nun nicht einzusehen, dass bei Grundstücken der einstweilige Rechtsschutz dingliche Wirkung begründen kann, bei Fahrnissen diese Wirkung aber nicht gegeben sein soll.

d) Verschlechterung der Gegenleistung nach dem
Erstverfahren

Kann der Kläger seine Leistung nicht mehr vollständig erbringen, fragt sich, ob er den Beklagten immer noch zur Leistung zwingen kann - unter Erbringung seiner Minderleistung - oder ob er u.U. vor der Zwangsvollstreckung ein zweites Urteil erfechten muss.

aa) Einrede des nicht erfüllten Vertrags durch den
Beklagten im Vollstreckungsverfahren

Ist die Einrede d.n.e.V. begründet, so muss das Vollstreckungsbegehren des Klägers abgewiesen werden (54).

bb) Minderleistung des Klägers

Ist die Leistung des Klägers mangelhaft, so kann der Beklagte die Einrede d.n.e.V. nicht erheben. Kann die Leistung des Klägers im Sinne von Art. 97 OR 'nicht gehörig' bewirkt werden, so ist der Beklagte bzw. Gläubiger dieser Leistung dennoch verpflichtet, die mangelhafte Leistung anzunehmen, wobei er Ersatz des Minderwertes verlangen kann (55). Eine allfällige Festsetzung des Schadenersatzes kann der Befehlsrichter in eigener Kompetenz verfügen, d.h. eine neuerliche Ueberweisung ins ordentliche Verfahren zur Festsetzung des Schadenersatzes unterbleibt. Diese Lösung ist unproblematisch, da bezüglich der vom ordentlichen Richter festgelegten Gegenleistung kein rechtskräftiges Urteil vorliegt und deshalb bezüglich des vom Befehlsrichter festgelegten Schadenersatzes auch keine materielle Rechtskraft gegeben sein kann.

Es muss dem Vollstreckungsbeklagten jedoch

freistehen, den Minderwert durch den ordentlichen Richter festsetzen zu lassen, was Grund für eine Stistierung des Vollstreckungsverfahrens wäre. Eine derartige Beurteilung des Schadenersatzes durch den ordentlichen Richter würde aber nicht mehr Teil des Verfahrens auf Leistung Zug um Zug sein, sondern wäre ein eigenes, in sich abgeschlossenes Verfahren, das mit einem rechtskräftigen Urteil enden würde.

e) Rechtsmittel

Gegen die Verfügung des Vollstreckungsrichters stehen gemäss §§ 272 Abs. 1 und 281 Rekurs bzw. Nichtigkeitsbeschwerde offen.

ANMERKUNGEN ZU § 1

- (1) A.M. Blomeyer, s.u., S. 5 f.
- (2) Aus dem funktionellen Synallagma ergibt sich jedoch nicht, wann und wie der Austausch zu erfolgen hat: Beuthien, S. 115.
- (3) Eine Ausnahme von diesem Grundsatz findet sich im Kaufrecht: Art. 185 Abs. 1 OR: danach gehen Nutzen und Gefahr mit dem Abschluss des Vertrages auf den Erwerber über.
- (4) Larenz, Lb., Bd. 1, § 15/I, S. 166 ff.
- (5) Larenz, Lb., S. 168
- (6) Larenz, Lb., S. 168; Larenz, Vertrag, S. 136 ff.
- (7) Larenz, Methodenlehre, S. 391.
- (8) Von Tuhr/Peter, § 7/I, S. 45. Nach Oser/Schönenberger N 18 Vorbem. zu Art. 1 - 67 beinhaltet das Forderungsrecht die Verpflichtung des Schuldners zu Handlungen.
- (9) S.u. S. 27 f.
- (10) Blomeyer, Bedingungslehre, S. 104 ff.
- (11) Blomeyer, Bedingungslehre, S. 117/119
- (12) § 306 BGB; Art. 20 OR
- (13) § 323 Abs. 1 BGB; Art. 119 Abs. 2 OR
- (14) Blomeyer, Bedingungslehre, S. 114 f.
- (15) Schuldnerverzug ist nur möglich, wenn die Forderung fällig ist. Bedingte Forderungen können nicht fällig sein.
- (16) Für die Verrechnung gilt das gleiche wie bei Anm. 15
- (17) Kirn, JZ 37 (1969), S. 326 lit. aa
- (18) Kirn, a.a.O. lit. bb
- (19) Die technische Bedingung ist eine Tatsache, von welcher die Wirksamkeit des Vertrages abhängt: von Tuhr/Escher, § 84/I, S. 254; vgl. auch Art. 151 - 157 OR. Hier aber würde die Bedingung nicht in einer Tatsache bestehen, sondern im gleichbleibenden Willen der Vertragspartner. Im übrigen bestehen die Leistungspflichten unbedingt, gehen allerdings bei Eintreten gewisser Umstände unter. Vgl. dazu Schmidt-Rimpler, S. 55.

- (20) Nach Staehelin (S. 217) ist es eine Frage der Auslegung, ob im Einzelfall von Unabhängigkeit von Leistung und Gegenleistung gesprochen werden kann. Abzulehnen ist auch die Voraussetzung mit halber Wirkung im Sinne Windscheids. Diese Voraussetzung beeinflusst nicht die Gültigkeit der Verpflichtungen, sondern schafft eine Einrede. So Simonius, S. 241.
- (21) Was konkret der Fall ist bei den Verträgen mit Vorleistungspflicht. Es ist den Parteien unbenommen, für den Nachteil der Vorleistungspflicht einen entsprechenden Vorteil zu schaffen.
- (22) Meier-Hayoz, S. 141 f.
- (23) Oftinger, § 2, Nr. 5, S. 12
- (24) Vgl. dazu auch ZbJV 89, 82
- (25) Zur Natur dieser Einrede s.u. S. 18 ff.
- (26) Oftinger, § 1, Nr. 3 Einführung
- (27) Oftinger, § 1, Nr. 1 Einführung
- (28) Eine objektive Äquivalenz würde bedingen, dass der Wert der Leistung von irgendeinem staatlichen Organ normiert würde. Das ist schon faktisch unmöglich.
- (29) A.M. Leonhard, § 159, S. 335
- (30) M.a.W. wenn die Vertragspartner Waffengleichheit besitzen: Bartholomeyczik, S. 30
- (31) Von Tuhr/Peter, § 7/III, S. 49
- (32) Art. 340 ff. OR
- (33) S.u. S. 14
- (34) Von Tuhr/Peter, § 7/III, S. 48
- (35) Sogenanntes stellvertretendes commodum
- (36) Guhl, § 29/IV, S. 213 f.
- (37) Von Tuhr/Escher, § 68/III, S. 104.
- (38) S.u.: die durch den Bürgen erhobene Einrede des nicht erfüllten Vertrags, S. 43.
- (39) Guhl, § 2/VI/a - d, S. 41.
- (40) S.u. S. 32.
- (41) S.O. S. 2 f. Deshalb ist die Einrede aus Art. 82 OR zulässig, sobald sich die Leistungen wieder aus-tauschmässig gegenüberstehen, also wenn etwa der

Schuldner am 1. März, der Gläubiger am 1. April leisten müssten, der Schuldner aber bis zum 1. April nicht geleistet hat: vom 1. April an stehen sich die Leistungen auch zeitlich im Austausch gegenüber; vgl. von Tuhr/Escher, S. 143, Anm. 68.

ANMERKUNGEN ZU § 2

- (1) Friedenthal, S. 41; Jahr, JuS 1964, S. 126, Ziff. 3
- (2) Jahr, a.a.O.
- (3) Rosenberg/Schwab, § 105/I/2, S. 540; Friedenthal, S. 41.
- (4) Von Tuhr/Peter, § 3/IV/3, S. 32.
- (5) Joos, S. 32.
- (6) So von Tuhr/Peter, § 3/IV/3, S. 31.
- (7) Von Tuhr/Peter, § 3/IV, S. 30 f.
- (8) Vgl. unten Beweislast, S. 64 ff.
- (9) Joos, S. 37.
- (10) Joos, S. 39.
- (11) Von Tuhr/Peter, § 3/IV/3, S. 32; a.M. Joos S. 39.
- (12) Fenkart, S. 25; von Tuhr/Peter, a.a.O. S. 29.
- (13) Jahr, Ziff. III/1/a/b, S. 128.
- (14) Friedenthal, S. 26.
- (15) Abweisung muss hier in einem weiteren Sinn verstanden werden auch als Abweisung aus prozessualen Gründen.
- (16) Leonhard, Lb. § 161, S. 337 f.; Webel, S. 4; Benöhr, S. 27 f. und S. 51.
- (17) Benöhr, S. 34.
- (18) Leonhard, a.a.O.; Monier, N 117, S. 149 f.
- (19) HWB, Bd. 6, S. 325.
- (20) HWB, Bd. 6, S. 327.
- (21) Ausser Larenz rechnen zum Klagegrund: Leonhard, Lb, § 18/IV; für das schweizerische Recht: Schwarz, S. 35 f.; von Tuhr, S. 461 f. im Gegensatz zu von Tuhr/Escher, S. 60, insbesondere Anm. 20.
- (22) Giger, N 195 zu Art. 184 OR.
- (23) OR 146: drückt negativ eine Tätigkeit des Richters aus, positiv also e contrario eine Tätigkeit der Partei.

OR 57: Retentionsrecht: drückt positiv eine Tätigkeit des Einredoberechtigten aus.

OR 67 II: drückt positiv eine Tätigkeit des Einredoberechtigten aus.

- (24) Auslegung e contrario.
- (25) "Wer... den andern... anhalten will, muss..."
- (26) C. Zeit der Erfüllung, OR Art. 75 ff.
- (27) Fälligkeit bedeutet nichts anderes, als dass der Gläubiger fordern darf und der Schuldner leisten muss.
- (28) Bei dieser Argumentation geht man offensichtlich schon davon aus, dass es sich um eine technische Einrede handelt.
- (29) Nämlich dass der Schuldner mangelnde Fälligkeit behaupten müsste, da er evtl. darauf verzichtet, weil es ihm gleich ist, ob er früher leistet oder nicht.
- (30) Die Beweislastverteilung an und für sich kann keine Aussage über die Natur von OR 82 machen, weil sie sich aus der Natur von OR 82 herleitet.
- (31) S.u., S. 81 ff.
- (32) In diesem Sinne ist Art. 82 OR ein Sicherheitsbehelf: Trabucchi, N. 295, S. 698; Kast. S. 94; a.M. Sörgel/Siebert, N 1 zu § 320 BGB.
- (33) Becker, N 2 zu Art. 82 OR; Webel, S. 1; gegen das Billigkeitsprinzip ist Bydlinski, S. 143, weil sich das Billigkeitsprinzip nur auf einen Einzelfall auswirken könne.
- (34) Namentlich: Kummer, N 266 zu ZGB 8; von Tuhr/Peter, § 3/IV/Ziff. 1, S. 30.
dt. Literatur: Sörgel/Siebert, N 1 zu § 320 BGB.
- (35) BGE 79 II 279; 94 II 263 ff.
- (36) Larenz, Lb., § 14/II.
- (37) Von Büren, Bd. 1, S. 464.
- (38) S.u., S. 29 f.
- (39) s. hinten Gläubigerverzug, S. 41 ff.
- (40) Folgt e contrario aus Art. 97 OR.
- (41) Art. 75 ff. OR.
- (42) Art. 74 OR.
- (43) Folgt aus dem Wesen des Vertrages; Barth, S. 7.

- (44) Art. 68 OR.
- (45) Becker, N 8 zu Art. 74 OR.
- (46) Mit Bezug auf das IPR: Keller, S. 30
- (47) S.o., S. 13.
- (48) Palandt, N 2 zu § 266 BGB.
- (49) Von Tuhr/Escher, § 57/IV/lit. r, S. 15; Becker N 5 zu Art. 69 OR; Esser, Lb. § 24/II/1; BGE 75 II 142 f.
- (50) Coing, S. 533; das ist sicher dann der Fall, wenn die erbrachte Leistung unbrauchbar ist ohne den fehlenden Teil.
- (51) Coing, S. 535.
- (52) S.o., S. 3, Anm. 1.
- (53) Soergel/Siebert, N 1 zu § 320 BGB.
- (54) S.o., Einreden und Einwendungen, S. 16 nach Anm. 5.
- (55) S.u., lit. e, Leonhard, Beweislast, S. 378.
- (56) Becker, N 5 zu Art. 82 OR.
- (57) Art. 205 OR; m.E. ungenau: von Tuhr/Escher, § 60/I, S. 32 Anm. 7, wonach der Gläubiger die Einrede d.n. e.V. durch Annahme der mangelhaften Leistung nicht verliere. M.E. hängt es vielmehr vom Mangel ab, ob die Einrede noch gegeben ist: ist es ein quantitativer Mangel, so kann der Schuldner noch leisten. Ist der Mangel hingegen qualitativer Natur, so kann der Schuldner höchstens dann noch leisten, wenn es sich um genus-Ware handelt, d.h. wenn der Schuldner eine Ersatzleistung anbieten könnte (Art. 206 Abs. 1 OR). M.E. ist Art. 206 OR jedoch kein Anwendungsfall von Art. 82 OR.
- (58) In diesem Sinn von Büren, Bd. 2, S. 50 f.
- (59) S.o., lit. c.
- (60) S.o., S. 12 f.
- (61) Guhl, S. 214: "Die Wirkungen dieser Hingabe erfüllungshalber... bestehen bloss darin, dass der Gläubiger nach Treu und Glauben seinen Erfüllungsanspruch gegen seinen Schuldner stundet und ihn erst wieder ausübt, wenn er aus den Surrogaten keine oder nicht volle Befriedigung erzielen kann".
- (62) Oftinger, § 11 Einführung, S. 135.
- (63) S.o., Surrogatsleistungen 10 f.

ANMERKUNGEN ZU § 3

- (1) Palandt, N 2/c/dd zu § 320 BGB; a.M. Soergel/Siebert, N 3 zu § 320 BGB, wonach der Schadenersatzanspruch des Verkäufers wegen Verzug des Käufers zur Gegenleistung gehöre. Vgl. aber oben S. 14 bei Anm. 1 und S. 12 f. Es ist aber zu unterscheiden zwischen dem eigentlichen Schadenersatz, der an Stelle der versprochenen Leistung tritt (Art. 97 OR) und den Verzugszinsen im Sinne von Art. 104 OR.
Ebenfalls austauschmässig stehen sich im Falle der Wandlung (Art. 208 Abs. 1/2 OR) die zurückzuerstattenden Leistungen gegenüber, wobei zur Leistung der Käufer den inzwischen bezogenen Nutzen, der Verkäufer die bezogenen Zinsen hinzuzuzählen haben. Art. 82 OR findet bei der Rückerstattung der Leistungen analoge Anwendung wie bei der Erfüllung des Vertrages. Eine bei Erfüllung bestandene Vorleistungspflicht hat keine Bedeutung mehr.
- (2) SJZ 58, S. 57 f.
- (3) ZR 48, 119.
- (4) ZR 64, 166.
- (5) Oftinger, S. 130 (= BGE 84 II 149); BGE 78 II 38; Palandt N 2 zu § 320 BGB; Bydlinski, S. 148; a.M.; Guhl, § 41/II/8/lit. f, S. 305: die Einrede d.n. e.V. kann nur mit Bezug auf die jeweils fällige Teilzahlung erhoben werden.
- (6) Wilde, Anm. 5 zu § 320 BGB.
- (7) Wilde, Anm. 5 zu § 320 BGB.
- (8) ZR 13, 110; so auch von Tuhr/Peter, § 19/I, S. 140.
- (9) ZR 38, 87.
- (10) Rother, NJW 1965, S. 1750.
- (11) ZR 18, 32; unrichtig; ZR 14, 25.
- (12) BGE 78 II 32 ff.
- (13) Wilde, Anm. 5 zu § 320 BGB.
- (14) Leonhard, Lb., S. 336.
- (15) ZR 47, 64; ZbJV 73, 442 f.
- (16) ZR 18, 174.
- (17) SJZ 63, S. 111 Nr. 54.

(18) ZR 18, 174.

(19) ZR 30, 117.

ANMERKUNGEN ZU § 4

- (1) Von Tuhr/Escher, § 65/II/2, S. 71; Becker N 22 zu Art. 82 OR; Blomeyer Lb., § 21/IV/2.
- (2) Schenker, Jherings Jb 79 (1928/9), S. 155.
- (3) Schenker, a.a.O. S. 179.
- (4) Das ist dann nicht der Fall, wenn er die Leistung aus irgendeinem Grunde nicht annehmen musste, bzw. deren Annahme verweigern durfte: s.o.: Nichterfüllung, S. 25 ff.
- (5) Becker N 1/2 zu Art. 91 OR.
- (6) Verbaloblation.
- (7) Realoblation.
- (8) Von Tuhr/Escher, S. 70 f.; Becker N 3 ff. zu Art. 91 OR.
- (9) Eine Verbaloblation genügt, wenn der Schuldner von allem Anfang an erklärt, dass er die Leistung zurückweisen werde.
- (10) Von Tuhr/Escher, S. 70.
- (11) Von Tuhr/Escher, S. 70 Anm. 13.
- (12) Von Tuhr/Escher, S. 72 f.; Becker N 12 zu Art. 91 OR
Danach liegen objektive Gründe etwa vor, wenn das Angebot den Gläubiger zeitlich überrascht hat oder wenn er die angebotene Leistung verrechnen oder sonst ein Recht ausüben will, das die Leistungserbringung gegenwärtig überflüssig macht.
- (13) Zulässigkeit der exceptio non adimpleti contractus wie auch der Eintritt des Gläubigerverzugs werden dann auch Gegenstand eines Prozesses bilden.
- (14) Art. 107 OR.
- (15) Art. 92 OR; Bezüglich der Hinterlegung macht es keinen Unterschied, ob es sich um eine Hol- oder Bringschuld handelt bzw. ob der Gläubigerverzug durch Real- oder Verbaloblation herbeigeführt worden ist. Hol- oder Bringschuld ist nur wesentlich für die Frage, ob der Gläubigerverzug durch Verbal- oder Realoblation herbeigeführt wird, nicht aber ob eine Hinterlegung notwendig ist. Hol- oder Bringschuld ist wesentlich für die Frage des Hinterlegungsortes (Art. 92 Abs. 2 OR).
- (16) Art. 93 OR.
- (17) Art. 95 OR.

- (18) Nach Art. 107 OR darf erst vorgegangen werden, wenn der Gläubiger seiner Leistungspflicht schon nachgekommen ist, so dass ihm die Einrede aus Art. 82 OR nicht entgegengehalten werden kann, also eine der Wirkungen von Art. 92 ff. OR erreicht hat; ZbJV 66, 173 ff.
- (19) Oftinger, Nr. 62, S. 153 f. (= BGE 49 II 32).
- (20) Oftinger, Nr. 62, S. 154, Ziff. 2.
- (21) Oftinger, Nr. 62, S. 154, Ziff. 3.
- (22) Von Tuhr/Escher, S. 75 f., Ziff. 6; Becker N 3 zu Art. 92/94 OR; Giger N 190 zu Art. 184 OR, S. 73. Vgl. für das deutsche Recht Hüffer, S. 25 ff. und Anmerkungen S. 108/109 daselbst: zwar enthält auch das BGB keine Vorschriften über das Verhältnis Gläubigerverzug - Einrede des nicht erfüllten Vertrages. Allerdings hat der dt. Gesetzgeber auf derartige Normen absichtlich verzichtet, indem er dem im Gläubigerverzug stehenden Schuldner die Einrede belassen wollte.
Ähnliche Motive für das schweizerische Recht fehlen und es ist auch nicht zu vermuten, dass sich unser Gesetzgeber von den gleichen Motiven leiten liess.
- (23) N 3 zu Art. 92/94 OR a.E.
- (24) Guldener, Lb., 630 VI Ziff. 1; BGE 79 II 283.
- (25) N 190 zu Art. 184 OR S. 73: "Mit einer unbegründeten Verweigerung der Annahme verzichtet der Käufer auf die Einrede aus Art. 82 OR...", wobei er allerdings den 'klaren Wortlaut' von Art. 82 OR nicht genau wiedergibt: ... wonach derjenige bereits erfüllt oder Erfüllung angeboten haben muss..." (N 189 zu Art. 184 OR S. 72).
- (27) Art. 91 OR.
- (28) U.U. wird die Annahmeerklärung durch das Urteil ersetzt, wenn der Beklagte (Gläubiger) die Annahme nicht selbst erklärt.
- (29) Gleicher Meinung offensichtlich von Tuhr/Escher, S. 75, Ziff. 6: "Solange der Gläubiger in Annahmeverzug ist...".
- (30) Dieser Meinung scheinbar Pierre Cavin, § 2/V, S. 18: Kaufpreis wird erst vorbehaltlos fällig, wenn der Verkäufer den Kaufgegenstand hinterlegt hat.
- (31) S.O., S. 20.

- (32) Von Tuhr/Escher, S. 61.
- (33) Von Tuhr/Escher, a.a.O.
- (34) ZbJV 66, 173 ff.: "Wer nicht berechtigt ist, Erfüllung des Vertrages zu fordern, weil er selbst die ihm obliegende Gegenleistung nicht bereit hält, kann auch nicht wegen Ausbleibens der Leistung der andern Partei..." die Rechtsbehelfe von Art. 107 OR benutzen.
- (35) Wilde, Anm. 13 zu § 320 BGB, Gernhuber, S. 69, Anm. 24.
- (36) Becker, N 14 zu Art. 82 OR; Pick, S. 47; ZR 41, 65; a.M.: Gernhuber, S. 62. Gemäss Lemp, S. 144, hängt das davon ab, ob die Einrede bereits bestand, als der Beklagte von der Abtretung Kenntnis erhielt.
- (37) Art. 169 Abs. 1 OR.
- (38) S.u., S. 52 ff.
- (39) Blomeyer, Lb., § 21/IV/6.
- (40) Sofern sie nicht rein persönlicher Natur sind: Art. 179 Abs. 2 OR. Vgl. oben Anm. 35.
- (41) Von Tuhr/Escher, § 99/IV/1. S. 390 f.; Art. 179 Abs. 1 OR.
- (42) Von Tuhr/Escher, § 81/III/4, S. 233 f.
- (43) Von Tuhr/Escher, § 76/I/1, S. 180.

ANMERKUNGEN ZU § 5

- (1) Leuch, N 3 zu Art. 397; Becker N 4 zu Art. 82 OR.
- (2) Guldener, ZSR 80, S. 3; Walder, Offizialmaxime, S. 9.
- (3) Möglich heisst auch: einheitlich, widerspruchslös, zweckentsprechend: Kummer, Klagerecht, S. 10.
- (4) Da es zweifellos keine Verfahrensvorschrift ist.
- (5) So ebenfalls Kummer, ZbJV 106, 128 f. Die neue zürcherische Regelung bringt zwar zweifellos eine erhebliche Erleichterung in der Durchsetzung von Zug um Zug-Urteilen (s. hinten S. 126 ff.). Trotz dieser Regelung ist es aber doch nicht gerechtfertigt, daraus zu schliessen, es sei vom Bundesrecht her die Notwendigkeit gegeben.
- (6) Sträuli/Messmer, N 4 zu § 100, Guldener, Lb., S. 192 f. Leuch, N 3 zu Art. 157.
- (7) Vgl. hinten Rechtskraft, S. 72 ff.
- (8) S.o., S. 1 ff., insbesondere S. 4 f. und unten S. 72 ff., insbesondere S. 75 f.
- (9) Sträuli/Messmer N 12 zu § 6/7; BGE 69 I 7f., 75 II 136 f.
- (10) BGE 69 I 7.
- (11) Das Gleiche gilt auch für Aufhebung oder Anfechtung des Vertrages, da dort Gegenstand der Klage das Grundgeschäft, nicht das Ausführungsgeschäft ist. Sträuli/Messmer N 12 zu § 6/7.
- (12) § 18 Abs. 1 ZPO.
- (13) § 19 Abs. 2 ZPO.
- (14) § 22 Abs. 1 ZPO.
- (15) Sofern der Gegenanspruch nicht Leistung aus anderem Vertrag ist.
- (16) Möglich ist, dass zwei Verträge so miteinander verknüpft sind, dass jeweils die Sachleistung des einen Vertrages der Sachleistung des andern Vertrages entspricht. Dort wird der Streitwert durch die Parteien geschätzt oder, -bei Uneinigkeit der Parteien nach freiem Ermessen des Gerichts festgesetzt: § 22 Abs. 1 und 2 ZPO.
- (17) Subjektiv mögen die Leistungen gleichwertig sein, objektiv wird immer eine Wertdifferenz vorhanden

sein. Eine objektive Streitwertberechnung kann nur durch den Richter erfolgen, wobei bei einem Kaufvertrag der objektive Wert der Kaufsache an sich nicht notwendigerweise dem Kaufpreis entspricht, da ja der Kaufpreis in der Regel eine Gewinnmarge enthält. Es scheint mir aber doch vernünftig, bei gegenseitigen Verträgen, bei denen die eine Leistung eine Geldleistung ist, als objektiven Streitwert diesen Geldwert zu bezeichnen. Nach BGE 80 II 315 soll die Gegenleistung nicht abgerechnet werden. Diese in Lehre und Rechtsprechung unbestrittene Meinung vertreten ausdrücklich u.a.: Guldener, Lb., S. 110, insbesondere Anm. 18; Sträuli/Messmer N 1 a.E. zu § 18; Schuller, S. 66 f.

- (18) § 19 Abs. 2 ZPO.
- (19) § 18 Abs. 1 ZPO.
- (20) BGE 80 II 315.
- (21) § 22 Abs. 3 ZPO.
- (22) Schuller, S. 52.
- (23) Streitgegenstand ist nicht einfach eine Sache, beim Kaufvertrag also die Kaufsache, sondern Streitgegenstand ist regelmässig ein Recht oder Rechtsverhältnis. Bei der Leistungsklage ist Streitgegenstand der eingeklagte Anspruch (BGE 67 II 74) bzw. "das, was mit der Klage gefordert wird, was ihren Inhalt ausmacht" (Walder, Lb., § 1/D Anm. 21 lit. d, S. 7). Umfassende Erörterungen zum Begriff des Streitgegenstandes bringt Meier, S. 25 ff.
- (24) Es ist ungenau, wenn man sagt, dass das Rechtsbegehren der Streitgegenstand sei (Schuller, S. 52). Das Rechtsbegehren ist ein Ersuchen an das Gericht, etwas anzuordnen (Guldener, Lb., S. 192).
- (25) ZbJV 106, 130.
- (26) BGE 94 II 270.
- (27) BGE 94 II 269.
- (28) BGE 94 II 269.
- (29) BGE 94 II 268.
- (30) Guldener, Lb., S. 62.
- (31) Die Verhandlungsmaxime hingegen besagt, dass es Sache der Parteien ist, dem Gericht das Tatsächliche des Rechtsstreites darzulegen (§ 54 Abs. 1 ZPO).

- (32) Bei der Einrede d.n.e.V. zustimmen: Soergel/Siebert, Anm. 6 zu § 320, Wilde, RGK, Anm. 13 zu § 320, Palandt, Anm. 3a zu § 320; a.M.: von Tuhr/Escher, § 64 III S. 60, v. Büren I, S. 464, Larenz Lb., § 18 I, Blunck, S. 1599.
- (33) Guldener, Lb., S. 68.
- (34) ZPR, 2.A., § 54/III/1.
- (35) Schuldrecht, 2.A., § 23 am Anfang.
- (36) Schuldrecht, 5.A. (1962), § 22/I/c am Anfang, wobei aus der Tatsache, dass gemäss Larenz die Einrede d.n.e.V. nur prozesstechnisch motiviert sein soll, geschlossen werden könnte, auch er verlange Geltendmachung im Prozess selbst.
- (37) Jahr, JuS 1964, S. 131.
- (38) Da mihi facta, dabo tibi ius.
- (39) S. Anm. 37; vgl. auch oben S. 23 f.
- (40) Guldener, Lb., S. 160 Anm. 3; von Tuhr/Peter § 3/IV/a, S. 29.
- (41) Analog zur Ausübung von Gestaltungsrechten: Fenkart, S. 61.
- (42) Von Tuhr/Peter, § 3/II, S. 25.
- (43) Zur Substantiierung gehört z.B. auch genaue Bezeichnung der Gegenleistung; Blunck, S. 1599, 1. Spalte.
- (44) Guldener, Beweislast, S. 16, Ziff. V.
- (45) Guldener, Lb., S. 325 ff.; Kummer, N 115 ff. zu Art. 8 ZGB.
- (46) Guldener, Beweislast, S. 20, Ziff. 3.
- (47) Rosenberg, Beweislast, S. 315.
- (48) Guldener, Beweislast, S. 65.
- (49) Ergibt sich aus Art. 8 ZGB.
- (50) Kummer, N 252 zu Art. 8 ZGB; Guldener, Beweislast, S. 65.
- (51) Vgl. zu diesen Ausführungen Rosenberg, Beweislast, S. 321 ff.
- (52) Kummer, N 252 zu Art. 8 ZGB.
- (53) Kummer, N 277 zu Art. 8 ZGB.
- (54) S. nachfolgend.
- (55) Guldener, Beweislast, S. 27 bei Anm. 2.
- (56) S. oben S. 1 ff.
- (57) S. oben S. 1 ff. und S. 8 f.; Soergel/Siebert, N 13 zu BGB 320; Becker, N 27 zu Art. 82 OR.

- (58) S. oben S. 12.
- (59) Kummer, N 271 zu Art. 8 ZGB.
- (60) S.o., S. 44.
- (61) Kummer, N 273 zu Art. 8 ZGB.
- (62) Kummer, N 255 zu Art. 8 ZGB.
- (63) Kummer, N 255 a.E. und N 269 zu Art. 8 ZGB.
- (64) D.h. wenn der Richter annehmen muss, der Beklagte habe diese Einrede erhoben.
- (65) Gleiches gilt ja auch im Beweisverfahren: § 142 Abs. 2 ZPO.
- (66) S.o., S. 52 f.
- (67) Walder, Lb., § 26/B/I, S. 261, Guldener, Lb., S. 364 f.
- (68) § 191 ZPO.
- (69) Nach Guldener, Lb., S. 364 Anm. 22a, kann der Kläger sogar ein schutzwürdiges Interesse daran haben, die Klage ein zweites Mal einzubringen. Daraus muss gefolgert werden, dass die Rechtskraft einer zweiten Klage nicht entgegensteht. Ebenso Kummer Klagerrecht Anm. 1 S. 63, der allerdings kein Interesse an einer zweiten Klage sehen kann.
- (70) Guldener, Lb., S. 366 Anm. 27.
- (71) Guldener, Lb., S. 246, Anm. 36: Inhalt des Dispositivs "im Falle der Gutheissung einer Leistungsklage den Befehl des Gerichts an den Beklagten zu einem Tun oder Unterlassen".
- (72) Guldener, Lb., S. 246 Anm. 36 a.E.: soweit das Dispositiv nicht kurz gefasst werden kann, könnte man etwa auch so formulieren, "dass die Klage im Sinne der Erwägungen gutgeheissen oder abgewiesen werde". Diesen Zusatz braucht es aber nicht nur bei unmöglicher Kurzfassung des Dispositivs, sondern wie wir gesehen haben sinngemäss in jedem Falle. Unwesentlich in diesem Zusammenhang ist die für die Leistungsklage gemachte Unterscheidung zwischen individualisiertem und nicht individualisiertem Rechtsbegehren: Kummer, Klagerrecht 67 ff. Guldener, Lb., 198 ff., Walder, Lb., § 26 B/II/2, S. 269 ff.
- (73) Eine andere hier nicht weiter beachtenswerte Unterscheidung kann zwischen Dispositiv im mat. Sinn und Dispositiv im formellen Sinn gemacht werden. Dabei beinhaltet das Dispositiv im mat. Sinn nur

den autoritativen Ausspruch bezüglich der Klage und das Dispositiv im form. Sinn dazu noch den Ausspruch über Gerichtsgebühr, Kostenverteilung, Mitteilung an die Parteien und Rechtsmittelfristen. Vgl. KS des OGer vom 7.7.76 und Walder, Tafel 25 ZPR.

- (74) Vgl. dazu Hägi, S. 276 ff.
- (75) Hägi, S. 276: Hägi spricht zwar von Anspruch. Ich meine jedoch, dass nur die im Dispositiv genannte Leistung näher qualifiziert werden müsste.
- (76) Guldener, Lb., S. 365 insbes. Anm. 25 sagt, dass das Gericht im zweiten Verfahren, das den Verzugsschaden zu beurteilen habe, daran gebunden sei, dass im ersten Prozess eine Verpflichtung des Verkäufers zur Lieferung des Kaufobjekts begründet wurde. Dies ist zwar richtig, aber nach herrschender Rechtskraftlehre kann diese Bindung nicht auch eine Bindung an die Gültigkeit des Vertrags beinhalten.
- (77) Kummer, Klagerecht, S. 114.
- (78) So ähnlich Guldener, Lb., S. 367, Anm. 30.
- (79) Guldener, Lb., S. 370.
- (80) (81) Walder, Lb., S. 266.
- (82) Vgl. dazu Walder, Tafel 25 ZPR sowie Entscheide des BGer. Walder, Lb., S. 263.
- (83) Zeuner, S. 5; mit "Gründe" sind rechtliche und tatsächliche Vorfragen gemeint: Stein-Jonas § 322/VIII/I.
- (84) Beispiel bei Guldener, Lb., S. 369, Anm. 38.
- (85) Walder, Lb., Bsp. 79, S. 267.
- (86) Vgl. dazu Hägi, S. 259; Rosenberg-Schwab, § 154/III
- (87) S.o., bei Anm. 85.
- (88) Die Verzugszinsen sind immer ein Prozentsatz der Geldschuld, vgl. Art. 104 OR.
- (89) Nach Meier, S. 73, ist eine Erstreckung der Rechtskraft in diesen Fällen unnötig, da der Richter gemäss dem Grundsatz der richterlichen Rechtsanwendung bei Abweisung der Wandelungsklage den Minderungsanspruch, bei Abweisung der Scheidungsklage ein Trennungsbegehren zu beurteilen habe. Wie aber, wenn ein Trennungsbegehren abgewiesen wird? Gilt die Feststellung, dass kein Trennungsgrund vorliegt auch als Feststellung dafür, dass kein Schei-

ungsgrund vorliege? Gilt die Feststellung, dass kein Minderungsanspruch besteht auch als Feststellung dafür, dass kein Wandlungsanspruch bestehe? Vgl. dazu Blomeyer, Lb., § 89/V/b.

- (90) Walder, Lb., § 26/II/1/d, S. 267.
- (91) Guldener, Lb., S. 370.
- (92) Blomeyer, Lb., § 89/V/2 S. 458.
- (93) Blomeyer, Lb., § 89/V/3 S. 459.
- (94) Zeuner, S. 52: die Rechtskraftabgrenzung soll "nicht eine Angelegenheit reiner Willkür sein".
- (95) Zeuner, S. 52 ff., insbesondere S. 57.
- (96) Lb., § 89/V/457 ff.
- (97) Lb., § 89/V/4/a, S. 460.
- (98) Lb., § 322/IX, S. 3.
- (99) JuS 1962, S. 121 f.
- (100) JuS 1962, S. 123.
- (101) Guldener, Lb., S. 370; so auch Blomeyer in Festschrift Lent, S. 55 Anm. 57.
- (102) RGZ 171, 286.
- (103) Als Ausfluss des Prinzips von Treu und Glauben.
- (104) Zeuner, S. 78.
- (105) Ausser man mache ihr zum Vorwurf, die Leistung gefordert (erhalten) und die Gegenleistung verweigert zu haben. Zeuner, S. 78.
- (106) Nach Zeuner, S. 79, bedeutet die zur Handnahme des Treu und Glauben-Prinzips nichts anderes, als eine "bestehende besondere Beziehung zunächst preiszugeben, um dann doch wieder ein weitgehend inhaltsgleiches Band... zu knüpfen".
- (107) Zeiss, S. 112.
- (108) Zeiss, S. 112; vgl. zur Problematik Treu und Glauben-Rechtskraft: Zeiss, 109 ff.
- (109) Walder, Lb., S. 266.
- (110) Die Frage, ob auch mehr als zwei Rechtssubjekte am Rechtsverhältnis beteiligt sein könnten, habe ich nicht untersucht.
- (111) Vorbehältlich die Aberkennungsklage, wo die Parteirollen gleich bleiben.
- (112) Zeuner, S. 72 ff. spricht von "Ausgleichszusammen-

hängen" und meint damit offensichtlich, dass die beiden Rechtspositionen in einer gewissen Weise synallagmatisch, d.h. durch das gleiche Rechtsverhältnis verbunden, austauschbar, gegenseitig sind.

- (113) Nach Zeuner, S. 74, muss die eine Position das notwendige Korrelat zur andern Position sein.
- (114) Ein subjektives Recht.
- (115) Nicht zu diesen Fällen gehören m.E. die von Guldener, Lb., auf S. 371 angeführten Beispiele aa/bb. In beiden Beispielen werden Sachverhalte angeführt, die analog zu behandeln sind, wie die Teilklage, wenn schon eine Vollklage beurteilt wurde. Ist eine Klage auf die gesamte Forderung wegen Nichtbestehens dieser Forderung abgewiesen worden, so steht einer neuen, allerdings nur Teilklage, die Einrede der abgeurteilten Sache entgegen, da mit der Gesamtforderung auch alle Teilforderungen verneint sind. Analog verhält es sich mit der Wandelungs-/Minderungsklage wie auch mit der Scheidungs/Trennungsklage. In beiden Fällen kann der Richter statt auf Wandelung bzw. Scheidung auf Minderung bzw. Trennung (Art. 205 Abs. 2 OR bzw. Art. 146 Abs. 3 ZGB) entscheiden. Der umgekehrte Fall, dass der Richter statt auf Minderung/Trennung auf Wandelung/Scheidung erkennt, ist jedoch nicht möglich. In diesen beiden Fällen würde ich deshalb auf eine Erstreckung der Rechtskraft auf die Entscheidungsgründe verzichten, da es dessen gar nicht bedarf.
- (116) Indem ein Rechtsverhältnis rechtskräftig beurteilt wird, das nicht Streitgegenstand war.
- (117) Oder dass ein sachlich unzuständiges Gericht die Entscheidung des sachlich unzuständigen Gerichts präjudiziert.
- (118) Dieser Zeitpunkt ist auch massgebend für die Einreichung eines Rechtsmittels.
- (119) Immer unter der Voraussetzung, dass sie nicht wegen Formmangels, mangelnder Zuständigkeit etc. von der Hand gewiesen wird.
- (120) Klageanerkennung und Klagerückzug unterliegen der Rechtskraft, auch wenn sie formell Abschreibungsbeschlüsse sind: § 191 Abs. 1 ZPO.
- (121) Hägi, S. 276 ff., spricht 'nur' von einer Rechtskrafterstreckung auf den rechtlich eingeordneten Anspruch. Es ist aber etwas anderes, ob der recht-

lich eingeordnete Anspruch in Rechtskraft erwächst oder ob die rechtliche Einordnung des Anspruchs in Rechtskraft erwächst. Dennoch können Hägis Überlegungen analog auf unser Problem angewendet werden.

- (122) Als Beispiele führt Hägi an, dass der spätere Richter an die Auffassung gebunden sei, ob der Schadenersatzanspruch aus unerlaubter Handlung oder aus Vertragsverletzung (allgemeine Qualifikation) stamme, nicht aber, ob der Verpflichtete vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt habe (spezielle Qualifikation).
- (123) Guldener, Lb., S. 365 f. 168 ff.; Walder, Lb., S. 269 ff.; BGE 97 II 396.
- (124) Guldener, Lb., S. 198 ff.; Walder, Lb., S. 273.
- (125) BGE 94 II 269.
- (126) Sträuli/Messmer, N 12 zu § 51.
- (127) Baur, Festschrift Lent, S. 14 Ziff. IV.
- (128) Sträuli/Messmer N 12 zu § 51; Hägi, 286 f.; Baur, a.a.O.; Stein/Jonas/Pohle, Allg. Einl. vor Vorbem. zu § 511/V/b; als unwesentlich betrachtet Grunsky die materielle Beschwer: ZJP 76, 171 Ziff. 4a.
- (129) Vgl. vorne S. 29 ff.
- (130) Leuch, N 3 zu Art. 397.
- (131) Hägi, S. 287.
- (132) Sei es aus unerlaubter Handlung oder aus nicht-synallagmatischem Vertrag. Hägi, S. 286, bestreitet diesfalls eine Beschwer des Klägers, da ihm nicht ein Rechtsmittel zur Verfügung gestellt werden dürfe, nur damit er verhindern könne, dass der Beklagte so ebenfalls Rechte aus dem gleichen Rechtsverhältnis geltend machen könne. Es ist Hägi zuzustimmen, dass die Verfolgung derartiger Ziele keinen Rechtsschutz finden soll. Es ist aber doch auch so, dass die Rechtspositionen der Vertragsparteien je nach Vertragstyp stärker oder schwächer sein können und eine Partei so materiell beschwert sein kann.
- (133) S.o., bei Anm. 130.
- (134) Vgl. auch Hans Moser, 'Die Kostenverteilung im luzernischen Zivilprozess' in: Festgabe des luzerni-

schen Anwaltsverbandes zum schweizerischen Anwalts-
tag 9./10. Mai 1953 in Luzern, S. 134 f.

- (135) S.o., Rechtsbegehren.
- (136) a.M. offensichtlich Leuch, N 3 zu Art. 397: "Bezüglich der Kosten macht es keinen Unterschied, denn bei dieser Entscheidung" (Abweisung der Klage zur Zeit) "ist der Kläger nicht weniger unterlegen und kostenpflichtig", als wenn die Klage auf Leistung Zug um Zug gutgeheissen worden wäre. Dass der Kläger nicht weniger unterlegen sei, scheint mir nicht ganz logisch zu sein, wenn bei der Klageabweisung zur Zeit der Kläger ein zweites Mal im ordentlichen Verfahren klagen muss, bei Zug um Zug Verurteilung jedoch in einem vereinfachten Verfahren seine Erfüllung bzw. Erfüllungsbereitschaft nachweisen muss, bzw. wie in Zürich nur noch das Vollstreckungsverfahren beschreiten muss.
- (137) § 64 Abs. 3 ZPO.
- (138) In den meisten Fällen wird hier der Streit um das Angebot des Klägers gehen, insbesondere, ob ein genügendes Angebot vorlag.
- (139) So auch Schmidt, S. 17, für das deutsche Recht.
- (140) An ihrer Berechtigung kann er zum Beispiel dann zweifeln, wenn sie aus quantitativen Gründen erhoben wurde, d.h. wenn ihre Berechtigung nicht eindeutig ist. Als nicht eindeutig würde ich die Einrede dann sehen, wenn der Gläubiger einen grossen Teil seiner Leistung hinterlegt hat und es eine Ermessensfrage ist, wobei sich der Beklagte ohne nähere Substantiierung auf Art. 82 OR berufen hat.
- (141) Nach dieser Klassifizierung bestimmt sich auch, wer die Gerichtskosten zu tragen hat. Siehe unten.
- (142) S.o. S. 52 f.
- (143) Kummer, S. 48 ff., S. 52 ff.; Hellwig, S. 376 ff.; Stein/Jonas/Pohle, § 726 III.
- (144) S.u., S. 130 ff.
- (145) Dieses zweite abgekürzte Verfahren ist in Zürich dem Vollstreckungsverfahren einverleibt: s.u. S. 126 ff., 129 ff.
- (146) Was bei kasuellen Bedingungen begrifflich schon unmöglich wäre.

ANMERKUNGEN ZU § 6

- (1) Art. 80/81 SchKG; § 304 Abs. 2 ZPO.
- (2) Feststellungs-, Gestaltungs- oder Leistungsurteil.
- (3) Die Voraussetzungen bestimmen sich nach kantonalem Recht.
- (4) Die Voraussetzungen bestimmen sich nach SchKG.
- (5) Art. 80 SchKG.
- (6) Diese Minimalanforderungen ergeben sich aus Art. 58 ff. BV. Insbesondere zählt dazu auch, dass der Kanton einer beurteilten Klage die Rechtskraft zu- misst.
- (7) S. nachfolgend.
- (8) Aus ungeschriebenem Bundesrecht folgt, dass jeder bundesrechtliche Anspruch gerichtlich geltend gemacht und vollstreckt können werden muss. Vgl. dazu von Tuhr/Peter, § 4/X, S. 39; BGE 86 II 44 f., Anm. 4a; BGE 96 II 437; Guldener S. 164.
- (9) Der definitive Rechtsöffnungstitel besagt nur, dass dem unmittelbaren, bedingungslosen Eingriff ins schuldnerische Vermögen nichts mehr entgegensteht: Jaeger N 7 zu Art. 80 SchKG; Favre § 22/I/2 S. 127, Fritzsche, S. 137.
- (10) Abs. 1.
- (11) Abs. 2.
- (12) Leistungsurteile sowie Vergleiche und Klageanerkennungen.
- (13) Dass die Frage der Vollstreckbarkeit eine Frage des Bundesrechts sei, wird in ZbJV 92, 33 f. vertreten. Dies ist m.E. jedoch unrichtig. Art. 80 SchKG nennt Voraussetzungen für den weiteren Verlauf der Betreibung, darunter zählt es auch die Vollstreckbarkeit eines Entscheides. Es ist nun den Kantonen überlassen, verfahrensmässig zu bestimmen, wann diese Vollstreckbarkeit eintreten soll, da die Vollstreckbarkeit ihrerseits nur aussagt, dass es sich um ein Sachurteil handelt, das mit ordentlichen Rechtsmitteln nicht mehr angefochten werden kann. Die Vollstreckbarkeit wird aber auch dadurch gehemmt, dass der kantonale Richter einem ausserordentlichen Rechtsmittel Suspensivwirkung gewährt: d.h. m.a.W. die Voll-

streckbarkeit an und für sich beurteilt sich nach kantonaalem Recht. Gl.M.: Panchaud/Caprez, Vorspann zu §§ 109 ff., S. 154.

- (14) Sträuli/Messmer N 2 zu § 300; formell rechtskräftig ist ein Entscheid, wenn er mit ordentlichen Rechtsmitteln nicht mehr angefochten werden kann.
- (15) Jaeger SchKG N 9 zu Art. 80.
- (16) S. Anm. 15.
- (17) Das folgt aus der Natur der Sache. Die Rechtsöffnung bedingt gutheissen kann nur bedeuten, sie unter den Vorbehalt der Aberkennungsklage zu stellen, was bei der provisorischen Rechtsöffnung der Fall ist. Im übrigen hat der Schuldner aber nur die Möglichkeit, den Eingriff in sein Vermögen mittels Art. 85 SchKG aufzuhalten.
- (18) Einrede gemäss Art. 81 SchKG.
- (19) Wobei gemäss Art. 81 Abs. 1 SchKG eine Beweismitelbeschränkung auf Urkunden gegeben ist.
- (20) Es bestimmt sich nach materiellem Recht, ob nur die Realoblation oder schon die Verbaloblation den Schuldnerverzug begründet.
- (21) Art. 82 OR, Art. 201 OR.
- (22) Jaeger/Däniker, Praxis Ziff. 3 a.E. zu Art. 80 SchKG (= SJZ 40, 26 Nr. 17).
- (23) Da ein solcher bei Nichterfüllung der Gegenleistungspflicht gar nie bestanden hat.
- (23a) S.u. S. 127 ff.
- (24) SJK, Ersatzkarte 185, S. 5, lit. c, wo im übrigen auch die Zeugenaussage als grundsätzlich zulässig angesehen wird. Augenschein und schriftliche Auskünfte (§ 209) aber würden das Verfahren vermutlich zu sehr verzögern.
- (25) Bzw. zwecks Beweis des Untergangs des Rechtsöffnungstitels.
- (26) So wie es als Rückzug des Rechtsöffnungsbegehrens zu gelten hat, wenn der Gläubiger, ohne dass der Schuldner die Tilgung der Betreibungsforderung durch Urkunden beweisen konnte, anerkennt, dass die Forderung getilgt ist.
- (27) Art. 82 Abs. 2 SchKG.
- (28) Dass für die Einrede aus Art. 81 SchKG eine stärkere Beweisintensität gefordert wird, ist vorliegendenfalls irrelevant, da dort Einreden gemeint

sind, die den Vollstreckungstitel unmittelbar entkräften.

- (29) Art. 83 Abs. 2 SchKG.
- (30) Walder, Tafel 11 SchKG.
- (31) Walder, Tafeln SchKG 11; Panchaud/Caprez § 40 Nr. 5 ff., S. 59.
- (32) Staehelin, SJZ 64, 314 ff.
- (33) Im gleichen Rechtsöffnungsverfahren.
- (34) ZR 43, 255; ZR 75, 33; SJZ 7, 50 Nr. 16; Daran ändert m.E. nichts, dass mittels definitiver Rechtsöffnung definitive Pfändung verlangt werden kann, denn dem Schuldner stehen immer noch die Rechtsbehelfe für eine materiellrechtliche Beurteilung der Forderung zur Verfügung.
- (35) Nach BlSchKG 36 (1972), 101, ist eine solche Nachfrist nur anzusetzen, wenn das Urteil aus einem ordentlichen Prozess in einem andern Kanton ergangen ist, als die Betreuung erfolgt.
- (36) Staehelin, S. 316 f., insbes. S. 317, Anm. 35, wo darauf hingewiesen wird, dass diese Frage strittig ist.
- (37) Vgl. unten S. 114 ff.
- (38) Hellwig, System, S. 247 f.
- (39) Kaser, ZPR, S. 247.
- (40) Kaser, S. 249.
- (41) Wenger, S. 170 f.
- (42) Kaser, S. 475/III/2.
- (43) Wenger, S. 294 Ziff. 3.
- (44) Klagerecht, S. 139 ff.
- (45) Hellwig, S. 140 f.
- (46) Guldener, Lb., S. 377 ff., insbes. S. 378, Anm. 64.
- (47) Panchaud/Caprez, Ingress zu § 1: vgl. auch Meier, S. 17 ff.
- (48) Panchaud/Caprez, §§ 14 ff.
- (49) SJZ 45 (1949), 184 ff.: Blocher, Fritz: Basler Rechtsöffnungspraxis bei zweiseitigen Verträgen; SJZ 45 (1949), 255 f.: Hinderling, Hans: Nochmals zur Basler Rechtsöffnungspraxis bei zweiseitigen Verträgen.

- (50) ZR 52, 188, wo sogar von einer "Uebernahme der sogenannten 'Basler Rechtsöffnungspraxis'" die Rede ist. BLSchKG 36 (1972), 97 ff., insbes. Ziff. 3, S. 104 f.
- (51) Blocher, a.a.O. S. 184 f.
- (52) Art. 76 - 78 OR.
- (53) Art. 75 OR.
- (54) Art. 82 OR.
- (55) ZR 52, 31.
- (56) ZR 11, 191.
- (57) Von Tuhr/Siegwart, Bd. I, S. 248 f., wonach unter Schuldbekenntnis nur eine Willenserklärung zu verstehen ist, durch welche eine Schuld begründet wird, nicht aber Anerkennung einer schon bestehenden Schuld. A.M. Becker N 4 zu Art. 17 OR, der unter Schuldbekenntnis auch das Schuldanerkenntnis versteht, also Bestätigung einer schon bestehenden Schuld.
- (58) Nach von Tuhr/Siegwart ist jedoch die Schriftlichkeit vorausgesetzt. A.M. Oser/Schönenberger N 9 zu Art. 17. Ein mündliches Schuldbekenntnis ist durchaus möglich, wird allerdings eher Beweis-schwierigkeiten mit sich bringen.
- (59) ZR 15, 147.
- (60) A.M. ZR 15, 147.
- (61) Fritzsche, Bd. 1, S. 151.
- (62) Eine Zusammenstellung der Ansichten in Lehre und Praxis findet sich bei Syz, S. 1 ff.
- (63) So aber BGE 95 II 20 Erw. 1 und 91 II 111 Erw. b.
- (64) Syz, S. 8.
- (65) S.u., S. 114 ff.
- (66) Syz, S. 6 f.
- (67) S.u., S. 114 ff.
- (68) Hinderling, S. 128.
- (69) Syz, S. 8; Hess, S. 155.
- (70) Hess, S. 155; Hunziker, S. 212.
- (71) Art. 83 Abs. 2 SchKG.
- (72) Syz, S. 24 ff. mit weiteren Verweisen.

- (73) Syz, S. 27 ff. mit weiteren Verweisen;
Sträuli/Messmer, N 4 zu § 11.
- (74) Verfassungswidrig (Sträuli/Messmer, N 4 zu § 11)
ist die von aZPO § 7 Z. 6 und § 16 Abs. 2 aufge-
stellte Regel, auf die sich ZR 56, 102 bezogen
hat.
- (75) BGE 95 II 620 Erw. 1.
- (76) S.o. Anm. 61.
- (77) Syz, S. 106; BGE 72 III 55 Erw. 2.
- (78) SbJV 87 (1951), 263 ff.
- (79) Namentlich Hinderling, S. 132.
- (80) BGE 79 II 285.
- (81) Vgl. insbesondere die Basler Rechtsöffnungspra-
xis, SJZ 45 (1949), S. 255 f.
- (82) S.o., S. 101 ff.
- (83) Schmidt, S. 50.
- (84) Weil er z.B. sieht, dass der Verwertungserlös zu
gering ist und ihm nur ein Verlustschein ausge-
stellt würde.

ANMERKUNGEN ZU § 7

- (1) Guldener, S. 344: "Sachverständige sind Personen, die dem Gericht... Kenntnis von Tatsachen vermitteln...".
- (2) Vorausgesetzt natürlich, deren Höhe oder Umfang sei bestritten gewesen.
- (3) S.O., S. 73 bei Anm. 71.
- (4) Leuch, Anm. 3 zu Art. 397; Schmidt, S. 48.
- (5) § 272 Abs. 1 ZPO.
- (6) Leuch, Anm. 3 zu Art. 397.
- (7) So auch Schmidt, S. 46.
- (8) ZbJV 88, 220; 92, 461 ff.
- (9) Leuch; Anm. 3 zu Art. 397; vgl. auch ZSR 88 II 1018.
- (10) § 342 ZPO.
- (11) § 222 Ziff. 1 ZPO; a.M. Haubensak, S. 80 und Schmidt, S. 47.
- (12) Schmidt, S. 47.
- (13) Schmidt, S. 47.
- (14) Also wenn z.B. Gegenleistung eine Uhr wäre, die sich leicht durch Fabriknummer, Name oder ähnliches bestimmen liesse.
- (15) §§ 306 ff. ZPO.
- (16) ZbJV 88, 220.
- (17) ZbJV 92, 463.
- (18) ZbJV 88, 220 f.
- (19) Vgl. Guldener, Lb., S. 630 Ziff.VI/1.
- (20) Sträuli/Messmer, N 1 zu § 306, der allerdings nur auf § 223 Ziff. 2 ZPO hinweist. Ziff. 1 muss aber schon deshalb miteinbezogen werden, weil auf die §§ 306 ff. verwiesen wird.
- (21) Guldener, S. 610; Sträuli/Messmer, N 13 zu § 304.
- (22) Becker N 9 zu Art. 92/94 OR; Ungenau Portmann, S. 49, für den alle beweglichen Sachen Gegenstand der Hinterlegung sein können.
- (23) Von Tuhr/Escher, S. 77 Ziff. 1; Engel N 194, S. 448.

- (24) Art. 92 Abs. 2 OR; Becker, N 11 zu Art. 92/94 OR; § 219 lit. a Ziff. 1 ZPO.
- (25) SJZ 60 (1964), 274 f., Nr. 194.
- (26) Portmann, S. 30.
- (27) SJZ 60 (1964), 274 Nr. 193.
- (28) Art. 201 Abs. 1 OR.
- (29) Art. 201 Abs. 2 OR.
- (30) Art. 69 OR.
- (31) Von Tuhr/Escher, S. 64.
- (32) Diese Ueberlegungen gelten gemäss BGE 89 II 235 Erw. 4 für den Werkvertrag, da der Werkvertrag nach Art. 372 OR erst bei Ablieferung des Werkes zu bezahlen sei und das Gesetz also keinen Unterschied mache zwischen grossen und kleinen Mängeln eines Werkes. Dem ist entgegenzuhalten, dass Art. 69 Abs. 1 OR auch keinen Unterschied macht zwischen bedeutenden und unbedeutenden Teilleistungen. In dieser Hinsicht ist die Begründung des zitierten BGE m.E. unrichtig.
- (33) So von Büren, Bd. 1, S. 465.
- (34) S.o. bei Anm. 33.
- (35) Es ist richtig, dass die befreiende Wirkung nicht erst mit der Anzeige an den Gläubiger eintritt (von Tuhr/Escher, S. 77 f. Ziff. 2), allerdings scheint mir auch richtig, dass ohne eine solche Anzeige die befreiende Wirkung nicht eintreten kann (Rossel, N 197, S. 144). Befreiende Wirkung bedeutet u.a. auch Beginn des Laufes der Mängelrügefrist für den Gläubiger, die ihrerseits auch erst mit Kenntnis der Hinterlegung durch den Gläubiger beginnen kann.
- (36) Art. 92 Abs. 2 OR.
- (37) Art. 93 OR.
- (38) Z.B. voluminöse Maschinen z.B. Lokomotive: Becker N 17 zu Art. 92/94 OR. Auch für Massegüter bestehen meist keine Lagerhäuser.
- (39) Becker, N 19 zu Art. 92/94 OR; Sträuli/Messmer N 3 zu § 219; ZR 42, 31.
- (40) Guldener, Lb., S. 630 Ziff. 1.
- (41) Nur bei Unterlassungsansprüchen; vgl. Sträuli/Messmer N 18 zu § 110.

- (42) Guldener, Lb., S. 382, S. 385.
- (43) Guldener, ZSR 80 II, S. 52; Sträuli/Messmer N 1 zu § 110.
- (44) Walder, Lb., § 32/B, S. 364.
- (45) Guldener, Lb., S. 631 vor Ziff. 4.
- (46) Erfolglos ist das Angebot auch dann, wenn der Beklagte zwar anzunehmen bereit gewesen wäre, ohne jedoch selbst Erfüllung angeboten zu haben.
- (47) Vgl. BGE 85 II 614.
- (48) Walder, Lb., § 32/B, S. 364.
- (49) So aber Guldener, S. 631, Anm. 83.
- (50) BGE 72 III 7.
- (51) Guldener, S. 580 Anm. 30.
- (52) Mothes, S. 82 ff.: er betrachtet die Beschlagnahme als Vorzugsrecht des Beschlagnahmeinteressierten. Dieses Vorzugsrecht wäre dann ein Pfandrecht. Dieselbe Meinung vertritt auch Meier, Rechtsschutz, 3. Kapitel, 1. Teil, § 2, C.b, I,1.2: nach ihm sollte der einstweilige Rechtsschutz in derartigen Fällen analog dem definitiven Rechtsschutz dingliche Wirkung entfalten.
- (53) Meier, Rechtsschutz, a.a.O. mit weiteren Verweisen.
- (54) S.O., S. 41 und S. 42 die Einrede d.n.e.V. ist nur dann begründet, wenn der Kläger die ganze Leistung erbringen kann. Ist ihm dies nicht möglich, muss eine endgültige Lösung Platz greifen. S. nachfolgend lit. b.
- (55) Von Tuhr/Escher, § 58, I, S. 97: das Recht, die mangelhafte Leistung zu verweigern, hat der Beklagte nur, wenn die Leistung für ihn nicht mehr von Interesse ist.

Ich wurde am 5. Juli 1951 als Bürger von Kirchberg/SG in Zürich geboren. Nach Besuch der Schulen in Zürich und in Glarisegg/TG studierte ich an den Universitäten Genf und Zürich Jurisprudenz. 1976 erwarb ich an der Universität Zürich das Lizenziat, im Mai 1980 wurde ich zum Doktor promoviert.

